

340
R
N 1139
et. Pic
1979

BIBLIOTECA, FACULTAD
DE DERECHO

REV 155913

DIRECTOR

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Sistema de Bibliotecas - UCR
REV 155913

FACULTAD DE DERECHO
OBEP
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

26139
4 DIAS
19 NOV. 1980



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

No. 39



SAN JOSE, COSTA RICA
SETIEMBRE - DICIEMBRE
1979



JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

1980

Presidente:

Lic. Manuel Emilio Rodríguez

Vice-Presidente:

Lic. William Muñoz Céspedes

Secretario:

Lic. Alfredo Bolaños Morales

Prosecretario:

Lic. Rolando Chacón Murillo

Tesorero:

Lic. Nilo Arce Sáenz

Fiscal:

Licda. Gloria Navas Montero

Vocal 1°:

Lic. Rodolfo Coto Pacheco

Vocal 2°:

Dr. Rodrigo Barahona Israel

Vocal 3°:

Lic. Rodrigo Mendieta García

Vocal 4°:

Lic. Dora María Guzmán Zanetti

Vocal 5°:

Lic. Ronald Odio Hernández

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Presidente Consejo Universitario:

Dr. Alberto Sáenz Renauld

Rector:

Dr. Claudio Gutiérrez

Vice-Rector de Docencia:

Dr. Fernando Durán

Vice-Rector de Investigación:

Dr. Manuel María Murillo

Vice-Rectora de Acción Social:

Dra. María Eugenia Bozzolli

Vice-Rector de Vida Estudiantil

Lic. Luis Fernando Mayorga

Vice-Rector de Administración:

Lic. Wallace Cover

Decana Facultad de Derecho:

Licda. Sonia Picado

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Dr. Enrique Rojas

Coordinador del Sistema de Estudios de
Posgrado:

Dr. Elmer Bornemisza

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Jaime Cerdas

PRESENTACION

Agradecemos la valiosa colaboración de los profesores latino-americanos José Roberto Dromi y Lino Rodríguez - Arias Bustamante en la presente edición.

Asimismo, enfatizamos el escrito de la *master* en bibliotecología Benilda Salas, por su interesante aporte al campo de su especialidad, el cual se puntualiza lo relativo al cambio social y la normativa legal.

Por su parte, los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica: Porras, Batalla, Houed, Cruz; Piza y Haba, nos presentan temas de derecho agrario, parlamentario, penal; derechos humanos y lenguaje jurídico, respectivamente.

A todos, las gracias por su generosa participación en esta revista.

j. e. romero p.

RESPONSABILIDAD

Agustinos, la vices, el doctor de los profesores latino-americanos José Roberto Dromi y Juan Rodríguez - Añis Busta...

Asimismo, existimos el grupo de la mayor en biblioteca...

Por su parte, los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba...

A todas las partes por el presente participamos en esta...

través de...

DERECHO SUBJETIVO:
PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD PUBLICA

Dr. José Roberto Dromi
Prof. Derecho Administrativo Universidad
de Mendoza - Argentina.

El presente trabajo tiene como finalidad exponer los fundamentos jurídicos de la responsabilidad pública...

Sumario: I. RELACION, SITUACION Y DERECHO SUBJETIVO.

1. La relación derecho subjetivo-responsabilidad pública.
2. Relación jurídico-administrativa. 3. Contenido de la relación: derecho y deber jurídico. 4. Tipos de relación. a) Por la regulación. b) Por el origen. 5. Partes de la relación: situación jurídico-administrativa. 6. Situación jurídica de la Administración: derecho subjetivo del Estado. a) Derechos personales. b) Derechos prestacionales. c) Derechos funcionales. d) Derechos públicos reales. 7. Situación jurídica del administrado: derecho subjetivo del individuo. a) Diversidad social y unidad jurídica. b) ¿qué fue? ¿qué es? y ¿qué debe ser? II. DERECHO SUBJETIVO: CATEGORÍA JURIDICO PLURAL. ENFOQUE FORMAL 8. Derecho subjetivo. 9. Interés legítimo. 10. Interés simple. 11. Situación jurídica subjetiva. Medida de protección. III. DERECHO SUBJETIVO: CATEGORÍA JURIDICA UNITARIA. ENFOQUE SUSTANCIAL. 12 Las libertades públicas como derechos subjetivos. a) Libertad y derecho. b) Situaciones y derechos. 13. ¿Derecho subjetivo o libertad reglamentada? a) Los derechos subjetivos como límites del poder. b) El poder como límite de los derechos subjetivos. 14. Categoría propia de la teoría general del derecho. 15. El origen del criterio de la diversidad de situaciones subjetivas: Oportunismo jurídico. a) El sistema francés de la diversidad de acciones. b) El sistema italiano de la diversidad de tribunales. c) Crítica y valoración. 16. La subjetividad de la objetividad. a) Las partes en el proceso objetivo de anulación. b) Unidad de acción y diversidad de pretensión. 17. Problema procesal de legitimación. a) Legitimación: ¿una o varias? b) ¿Legitimación procesal o legitimación sustancial? c) ¿Legitimación abierta, cerrada o mixta? 18. Jerarquía entre las situaciones subjetivas. a) Gradación procesal. b) Gradación sustancial. 19. El interés colectivo. a) Legitimación de los intereses supraindividuales. b) La acción popular. c) Indefensión del interés público. 20. Conclusión y caracterización. a) Unitario. b) Sustantivo. c) Normativo primario. d) Potestativo. e) Limitativo. f) Irrenunciable.

26139 R N° 39 (SET/DIC) 1979

I. RELACION, SITUACION Y DERECHO SUBJETIVO *

1. La relación "derecho subjetivo - responsabilidad pública".

La responsabilidad pública constituye el presupuesto sustantivo del derecho subjetivo. Sin "responsabilidad" no existe "libertad". Precisamente, el Estado de derecho —como medio— y el Estado de bienestar —como fin— enmarcan el obrar público en pautas jurídicas y políticas en las que la salvaguardia de la libertad —modelo político de los derechos subjetivos— requiere de un sujeto público responsable: *el Estado*. Estado que responde por todos aquellos actos y hechos que lesionan el *cuadro jurídico formal*, conformado en vista de una *axiología política final*.

A la inversa, *el derecho subjetivo es un presupuesto de la responsabilidad pública.* Toda "responsabilidad" o imputación de deberes a un sujeto jurídico pasivo, cualquiera sea, requiere como contrapartida la legitimación sustancial y procesal del sujeto jurídico activo. En nuestro juego relacional público los sujetos son "Estado" e "individuo", o más específicamente "Administración Pública" y "administrados".

Para que se opere la *atribuibilidad del deber* al caso concreto, con su consecuente carga reparatoria, indemnizatoria, obligacional, prestacional, etc., por cuenta de un sujeto jurídico pasivo, que puede ser el Estado o el administrado, según la tipología relacional, es indispensable la titularidad de un *derecho subjetivo* en el sujeto jurídico activo.

El derecho subjetivo del Estado es una exteriorización del "poder", así como el derecho subjetivo del administrado es una exteriorización del "poder", así como el derecho subjetivo del administrado es una exteriorización de la "libertad". Ambos son "poder" o "libertad" —según el caso— en el caso concreto. Precisamente, a través del derecho subjetivo se *actualiza*, en el *obrar* y en el *hacer*, la existencia y la vigencia real y material del "poder" y de la "li-

* Este trabajo forma parte del capítulo II del libro "Derecho subjetivo y responsabilidad pública" del autor, en prensa, ed. Temis, Bogotá - 1980.

bertad". Esa *actualización* implica llevar a "acto" la potencia intrínseca e inmanente que tiene acumulada *el Estado en el poder y el administrado en la libertad*.

Las situaciones jurídicas subjetivas son abstractas, generales y comunes. Conforman una "categoría jurídica" por la que se puede titularizar, de modo activo, un *derecho subjetivo* y, de modo pasivo, un *deber jurídico*.

La responsabilidad pública emergente del juego relacional administración-administrado, generado por una ley, contrato, reglamento, acto unilateral, como *fuerza obligacional*, está condicionada objetivamente a la existencia de una situación subjetiva. Para que se efectivice la responsabilidad es menester la ejecución de un acto, hecho u omisión atribuible a un sujeto que viola "derechos del poder" o "derechos del individuo" constitucionalmente reconocidos. La responsabilidad parte del presupuesto de que alguien haya sufrido una lesión dañosa en sus derechos, con motivo del obrar antijurídico de otro sujeto de derecho.

2. Relación jurídico-administrativa.

Una consecuencia obligada de la *legitimación activa* (para el titular del *derecho subjetivo*) y de la *legitimación pasiva* (para el obligado con el *deber jurídico*) es la existencia de la *relación jurídica administrativa*, y en ella la responsabilidad del segundo por sus actos y hechos que vulneran, desconocen o incumplen el *derecho subjetivo* del primero.

La actividad estatal, exteriorizada de diferentes maneras (acto, reglamento, simple acto y contrato administrativo, ley, sentencia y acto político), genera directa o indirectamente consecuencias de tipo jurídico. Estas consecuencias instituyen, recíprocamente, *derechos* (o prerrogativas) y *deberes* (u obligaciones) para las partes intervinientes, traduciendo una "relación jurídica" entre la *Administración (Estado)* y los *administrados (individuos)*.

El deber de uno implica el derecho de otro y la inversa. Por tanto tenemos *derechos* y *deberes* de los administrados y de la Administración, dada la *correspondencia* entre las situaciones en que se encuentran cada uno de ellos respectivamente.¹ El reconoci-

¹ VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la Noción de Derecho Subjetivo*, ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Chile 1976, cap. I, "Los orígenes de la noción de derecho subjetivo", p. 23 y ss. RUBIER,

miento de los *derechos subjetivos* públicos no significa que el individuo ejerza un poder sobre el Estado, ni que tenga parte del imperium jurídico, sino que posee estos derechos como correlato de la obligación del Estado de respetar el ordenamiento jurídico.

La relación jurídica es aquella que se da entre dos sujetos de derecho cuando la situación de poder —derecho— en que se encuentra uno de ellos, se corresponde necesariamente con una situación actualizada de deber —obligación— de otro.

La situación jurídica difiere a la *ubicación* o disposición jurídica de un sujeto de derecho, mientras que la segunda es la *referencia* que impone la situación a otro u otros sujetos terceros obligados a dar, hacer o no hacer.² Por su parte, el objeto de la relación jurídico-administrativa son *derechos y deberes* que pueden consistir en *hacer, tolerar y omitir*. Toda "relación jurídica" implica "situaciones jurídicas". Vale decir, distintas circunstancias de la existencia jurídica personal, en las que se contienen en potencia todas las posibilidades de la vida del sujeto de derecho, que traducen el activo y el pasivo de su haber jurídico. En suma, la situación jurídica revela al mundo exterior "cualidades de la persona" que la ley toma en cuenta para atribuirles efectos jurídicos. La idea de situación jurídica se integra con los conceptos "derecho subjetivo"

Paul, *Droits subjectifs et Situations juridiques*, París, Balloz, 1963, p. 97-103. CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed. Madrid, Tecnos, 1974, p. 480. GARCIA TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Ed. Rev. del Derecho Privado, 1964, t. I, ps. 444-446. RIVERO ISERN, *El Derecho Administrativo y las Relaciones entre Particulares*, Sevilla, 1960.

GRAU, Armando E., *Habilitación de la Instancia Contencioso-Administrativa*, La Plata, Platense, 1971, p. 42. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, I.E.P., 1966, p. 328. GONZALEZ PEREZ, Jesús, *El Administrado*, Madrid, 1966, ps. 20 y ss.

ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Trad. Héctor Masnatta, vol. I, Bs. As., ed. Arayú, 1954, p. 299 y ss.

GOMEZ MEJIA, Francisco E., *Fundamentos de Derecho Administrativo Colombiano*, Bogotá, Edit. Kelly, 1969, ps. 67 y ss.

La relación jurídico-administrativa, como cualquier tipo de relación jurídica, puede tener su origen en la ley, actos y hechos jurídicos públicos y privados. ROUBIER, por su parte, distingue entre reglas jurídicas de carácter general y situaciones jurídicas de carácter individual y concreto. Respecto de la relación de derecho y de deber, señala que la infracción a un deber jurídico genera un *derecho subjetivo*. El deber jurídico del obligado es a su vez *derecho subjetivo* del titular.

² ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Bosch, 1970, t. II, p. 446. La relación jurídica "es un complejo de poder obligación con elementos contrapuestos y complementarios". FORSTHOFF, Ernst *Tratado de Derecho Administrativo*, Inst. de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 252-274.

y "deber jurídico" como polos personales inseparables de la relación.

3. Contenido de la relación: derecho y deber jurídico.

En toda relación jurídica tenemos dos sujetos: uno activo, titular del derecho, y otro pasivo, titular del deber correlativo de aquel. Esta distinción también impera en la relación jurídico-administrativa, aunque los presupuestos de la misma no son idénticos a los de la relación jurídico-privada. En efecto, la primera supone siempre, como uno de los sujetos de la relación, al Estado o a un ente público, estatal o no estatal, en ejercicio de funciones administrativas. La otra parte puede ser un particular, persona física o jurídica, u otro ente público estatal o no estatal.³

En la relación jurídico-privada el presupuesto es siempre la "capacidad", mientras que en la administrativa, obligadamente, al menos en uno de los sujetos, es la "competencia". Tanto la capacidad de las personas privadas como la competencia de las personas públicas implican un marco de atribuciones, facultades o derechos, que constituyen el antecedente de las situaciones jurídicas subjetivas concretas.

La capacidad y la competencia son situaciones que configuran el presupuesto de las distintas relaciones, las cuales establecen el derecho entre los sujetos. Son, por ello, aptitudes o posibilidades abstractas y potenciales. Las relaciones jurídicas, en cambio, son situaciones concretas, en acción, que han de traducirse en derecho subjetivo para uno y deber equivalente para otro.⁴

En consecuencia, hay derechos subjetivos del Estado hacia los particulares y de éstos hacia aquél; y puede también haberlos del Estado hacia otros entes públicos y de éstos hacia el Estado o

3 Como los órganos no tienen personalidad —no son sujetos—, las relaciones interorgánicas quedan al margen de la relación jurídico-administrativa. Si los dos sujetos son entes públicos, la relación jurídica es interadministrativa.

4 CARRIO, Genaro R., *Sobre el Concepto de Deber Jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, ps. 33-38.

ENTRENA CUESTA, op. cit., p. 469: "Las relaciones jurídico-administrativas son en muchos casos complejas: los sujetos que en ellas intervienen actúan al mismo tiempo como titulares de derechos y obligaciones. Recuérdese al respecto el contenido de la relación de servicio, existente entre la Administración y sus funcionarios". Cfr. GARCIA TREVIJANO FOS, *Tratado...*, op. cit., t. I, p. 505, quien distingue entre "sumisión", "obligación" y "carga" como aspectos positivos de la relación jurídica.

entre entes públicos. En todos los casos, el derecho subjetivo de un sujeto es el reflejo material del deber jurídico de otro.

4. Tipos de relación.

Las relaciones jurídico-administrativas que traducen el *modus operandi* —para el derecho— de los sujetos "Estado" e "individuo", pueden ser de diverso origen y regulación.

a) Por la regulación.

En cuanto al aspecto formal reglamentario de la relación jurídica, el tipo sustantivo de regulación determina sus diversos modelos. En efecto, de acuerdo al contenido prestacional, la relación puede ser de derecho "tributario", "previsional", "aduanero", "municipal", "laboral", "consorcial", "vecinal", "policial", que determinará variantes procesales siempre dentro del común denominador público que la califica. A su vez, de esa diversidad relacional, en mérito al tipo regulador, dependerán los caminos formales para la protección y tutela de las situaciones subjetivas, comprendidas en la relación "Administración-administrados".

b) Por el origen.

La relación jurídico pública debe emerger de un título vinculativo. Tal título, que enlaza a las partes de la relación, puede ser de origen estatutario (por ejemplo, Constitución, ley, decreto, reglamento) o voluntario (por ejemplo, contrato, cuasicontrato, pre-contrato, acto unilateral). Al igual que las relaciones jurídicas diversas, en mérito a su variable regulativa, la protección subjetiva es procesalmente distinta en cada uno de los supuestos. Por ejemplo, una es la vía para la impugnación de actos reglamentarios y otra para los actos individuales, una para los actos "impuestos" y otra para los "propuestos".

1º Las relaciones de contenido estatutario se traducen normalmente en actos unilaterales generales, de forma reglamentaria, que prevén supuestos comunes de relaciones jurídicas varias con indeterminación subjetiva concreta. Es el caso, por ejemplo, de los reglamentos en materia de servicios públicos, cargas públicas y usos públicos. La forma jurídica concreta puede ser: Constitución, ley, reglamento u otras disposiciones del estilo.

2º Las relaciones de contenido voluntario son aquellas nacidas por el acuerdo creador de derechos y obligaciones (por ejemplo, contrato, cuasicontrato) o por actos unilaterales de administración (por ejemplo, permisos, concesiones, autorizaciones, etc.).

Los acuerdos creadores de derechos y obligaciones, nacidos por el ejercicio de la competencia voluntaria de los entes públicos, pueden revestir forma jurídica diversa, en razón de la modalidad formativa de la voluntad, a saber: contrato, pre-contrato, cuasi-contrato.⁵

El *contrato* público importa una modalidad de colaboración voluntaria, a diferencia de la carga pública o prestación personal obligatoria, que versa sobre contenidos prestacionales en materia de suministros, obras públicas, servicios públicos, empréstitos, empleo público, etc. Se opera a través de un acto de declaración de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre un ente público en ejercicio de la función administrativa y un particular u otro ente público. La presencia del ente público —estatal o no estatal— es un presupuesto subjetivo fundamental, porque dicha entidad está investida contractualmente de prerrogativas (por ejemplo, cláusulas exorbitantes) y deberes jurídicos especiales (por ejemplo, equilibrio de la ecuación económico-financiera), a los efectos de asegurar la prestación pública, objeto de la contratación.

En el *cuasi-contrato*, la fuente relacional se justifica a través de un acto voluntario lícito que produce efectos semejantes a los contratos, sin existir acuerdo de voluntades ni consentimiento sobre lo que es materia concreta de tal hecho o acto. En el derecho administrativo hay un indudable auge de esta figura jurídica, como manifestación de respeto por la justicia y la equidad compensatoria. El cuasi-contrato comprende no sólo las nociones de enriquecimiento sin causa, gestión de negocios ajenos, funcionarios de facto, etc., sino también la concesión de servicio público para el caso de que el concesionario, vencido el plazo de la concesión, continúe prestando el servicio.

En el *pre-contrato*, las tratativas previas suponen una comunicación recíproca entre los futuros contratantes, exteriorizada por

⁵ Ampliar en nuestros trabajos, *Licitación Pública*, Bs. As., Astrea, 2ª ed., 1977, p. 514-515, parágrafos, 62 a 66 y 476; *Los Actos Separables en la Contratación Administrativa*, J.A. Doctrina, 1975, ps. 216-227.

WALINE, Marcel, *L'Individualisme et le Droit*, París, Domat-Montcherestien 1945, ps. 115 y ss.

BIBLIOTECA, FA
DE DERECHO

manifestaciones volitivas de las partes que anticipan un contrato por venir, por ejemplo, acto administrativo de llamado a licitación, acto jurídico de oferta, acto administrativo de recepción y admisión, etc.

Los actos separables del procedimiento de contratación generan una relación o vínculo regulado por el derecho, con efectos jurídicos recíprocos implicados en los derechos y deberes de cada parte, que en lo procesal administrativo tiene particular trascendencia por cuanto se admite la impugnabilidad directa e independiente de dichos actos previos al contrato.

La particularidad de esa relación está dada por las obligaciones que unilateralmente asumen licitante y licitadores de modo preliminar al contrato; así, los deberes jurídicos de aquél importan derechos para éste y recíprocamente.

Por otra parte, la relación jurídica pre-contractual es: a) de tipo personal, desarrollada entre sujetos de derecho, sin referirse a los vínculos entre una persona y una cosa, supuesto de las relaciones reales; b) de efectos relativos, no absolutos o *erga omnes*, pues la pretensión sólo puede ser exigida a un sujeto pasivo determinado; c) de origen unilateral, en razón de ser la fuente obligacional: un acto administrativo para el licitante (llamado a licitación) y un acto jurídico para los oferentes (presentación de la oferta).

Los *actos unilaterales* de la Administración, por último, creadores de derechos y obligaciones, son la fuente administrativa más común generadora de las relaciones jurídico-públicas, revistiendo por lo general forma de "permiso", "orden", "autorización", "concesión", "sanción", u otra modalidad administrativa unilateral especial.

5. Partes de la relación: situación jurídico-administrativa. X

La relación implica siempre dos situaciones jurídicas distintas que podríamos conceptualizar como la posición o ubicación jurídica de los sujetos intervinientes en ella, constituida por un complejo de derechos y deberes.

La situación es siempre *activa* para el titular del derecho y *pasiva* para el titular del deber correlativo de aquél. En razón del objeto o contenido de la prestación, las situaciones pueden ser *positivas* (de dar o hacer) o *negativas* (de dejar hacer o no hacer).

Por último, entiéndese por situación jurídico-administrativa la ubicación o posición jurídica de cada una de las partes intervinientes en la relación jurídico-administrativa. Esta última supone *dos situaciones jurídicas distintas: de los administrados y de la Administración.*

6. *Situación jurídica de la Administración: derecho subjetivo del Estado.*

La relación "autoridad" y "libertad"⁶ se manifiesta en la normativa constitucional, en "poder" para el Estado y "derechos" para los particulares.

La Constitución, como equilibrio y control del poder público estatal, concede y reconoce a los habitantes (administrados en general) una serie de derechos subjetivos públicos.⁷

El poder público se traduce, en el orden existencial, en derechos subjetivos del Estado, exteriorizados en *actos del poder* como forma del ejercicio de su competencia. Por lo tanto pueden señalarse, en general, como derechos subjetivos del Estado, resultantes del ejercicio de su competencia:⁸

a) *Derechos personales.* Reconocimiento de su específica capacidad y eficacia jurídica de sus actos, derecho al nombre y demás signos distintivos.

b) *Derechos prestacionales.* 1) *Derecho a prestaciones positivas:* de cosas, dinero y servicios por parte de los individuos, entre derecho públicos y crédito, tributos, etc.; y 2) *derecho a prestaciones negativas:* observancia de prohibiciones y limitaciones por parte de los administrados.

6 Cfr. y ampliar DROMI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bs. As., Astrea, 1973. *Acto Administrativo, ejecución, suspensión y recursos*, Bs. As., Macchi, 1973 p. 3-13; *Autoridad y Libertad en el Derecho Administrativo*, J.A. 1978- ps. 739-745.

7 ROUBIER, Cit., p. 145; LINARES, Juan F., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Bs. As., Astrea, 1975, p. 441.

8 ZANOBINI, op. cit., ps. 254-257. FORSTHOFF, cit. ps. 482 y ss. DABIN, Jean, *El Derecho Subjetivo*, Madrid, ed. Rev. Derecho Privado, 1955, ps. 205 y ss. HAURIOU, Maurice, *La Teoría de la Institución y de la Fundación*, Trad. Arturo Sampay, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, ps. 32 y ss. GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Derechos Reales Administrativos*, Madrid, Ed. Ci-vitas, 1975.

c) *Derechos funcionales.* Prestación de servicios públicos.

d) *Derechos públicos reales.* Sobre bienes de su dominio (propiedad pública) y limitaciones a los bienes privados en interés público (por ej. servidumbres públicas).

7. *Situación jurídica del administrado: derecho subjetivo del individuo.*

a) *Diversidad social y unidad jurídica.*

La situación jurídica subjetiva de los particulares (administrados, contribuyentes, ciudadanos, vecinos, usuarios, oferentes, contratantes, etc.), en la relación jurídico-administrativa, puede ser como titular de derechos o de deberes jurídicos.

El panorama *obligacional* es multifacético. El capítulo de los "deberes públicos" de los administrados constituye, precisamente, el soporte del orden y del poder comunitario (por ejemplo, deberes vecinales, fiscales, previsionales, laborales, políticos, etc.).

El panorama de los *derechos* es también *multifacético* en su ejercicio, cantidad, alternativa, regulaciones, fuentes, pero *unitario* en su esencia jurídica.

La diversidad de derechos subjetivos emerge de la Constitución, que consagra la juridización positiva formal de los derechos naturales de los hombres, anteriores y superiores a la Constitución misma. Tales derechos individuales siempre deben ser tutelados y salvados; por ello la Constitución los "reconoce". Son el fin primordial de la sociedad, hacen al objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunidad política y no algo ajeno a la misma.⁹

En su visión *social*, los derechos son muchos y diversos, por ejemplo, libertad de comercio, industria, trabajo, enseñanza, culto, tránsito, etc., pero en su visión jurídica tienen todos ellos un con-

9 Cualquiera que sea el nivel de la regulación y en razón de las normas reguladoras de la relación: Derecho Administrativo, Derecho Fiscal, Derecho Constitucional, etc., se califica al particular o individuo de "oferente", "contribuyente", "ciudadano", "administrado", etc.; Cfr ENTRENA CUESTA, op. cit., ps. 474-475; GONZALEZ PEREZ, Jesús, *El Administrado*, cit. p. 24. Al considerar la posición jurídica del administrado, dice que "ante la complejidad de las funciones administrativas puede hablarse... del estatuto del *contribuyente*, del *expropiado*, del *usuario* del servicio público, etc.". Ampliar en GARCIA TREVIJANO FOS, op. cit., t. I, ps. 454-457. TAGLE, Carlos. *El Amparo Judicial de los Derechos Individuales*, J.A., 1958-IV, p. 218. VILLEY, cit., ps. 26 y ss.

tenido y régimen unitario. La "libertad pública" se traduce en el campo jurídico con forma de derecho subjetivo.

b) *¿Qué fue, qué es y qué debe ser?*

La concepción puramente formalista ha pluralizado las situaciones subjetivas. Ha hecho de las libertades varios derechos subjetivos (fuertes y débiles) y hasta les ha dado distintos nombres: derecho subjetivo propiamente dicho, interés legítimo general, interés legítimo especial, interés simple.

Tales *categorías* jurídicas de situaciones subjetivas, que fraccionan la "libertad pública" en diversos modelos jurídicos operativos (de más o menos o de menos a nada) según la pretensión y el alcance de lo reclamable, nacen de una interpretación restrictiva en la que se hace privar erróneamente la voluntad del legislador (inventor de las *categorías jurídicas de derecho subjetivo, interés legítimo y simple*, por ejemplo, en los códigos contencioso-administrativos) por sobre la voluntad primaria del constituyente (inventor de las *categorías políticas: libertades públicas*).

Es más, la cláusula constitucional abierta de los derechos "no enumerados", pero igualmente válidos y reconocidos, que contiene, por ejemplo, el art. 33 de la Constitución Argentina, en tanto salvaguarden la raíz republicana y la soberanía del pueblo, nos permite afirmar que *lo que la Constitución dio, la legislación lo negó*.

El *derecho subjetivo es todo*. Es la libertad pública con forma jurídica. Pero nos preguntamos: ¿Qué ha sido? El derecho subjetivo, a veces ha sido *nada* y a veces *algo*. Decimos que ha sido nada porque al separarse la raíz "política" de la "jurídica" se pretende, con una visión formal, ver al derecho subjetivo como una pura fórmula reglamentaria. ¿Puede existir derecho subjetivo donde no hay libertades públicas? ¿O es que la abstracción racionalista puede decir que, no obstante la negación constitucional de la libertad hay *afirmación en la legislación de los derechos subjetivos*? Por ello pensamos que a veces el derecho subjetivo ha sido nada. Es de esperar que la historia no se repita. Además, se cae en el equívoco de creer que *existe* lo que *no existe*, pues las reglamentaciones y criterios doctrinarios, que disfrazan la realidad generando categorías *formales* (por ejemplo, derechos subjetivos) donde no hay categorías *reales* (por ejemplo, libertades públicas), le hacen un pobre

servicio a la naturaleza humana. Quizás será mejor o, por lo menos, más auténtico decir: porque *no hay libertad no hay derecho*.

Decimos que a veces el derecho subjetivo ha sido *algo*, porque no obstante la existencia normativa y empírica de las libertades públicas, en el mejor nivel constitucional, se carece, a la hora de la realidad, de vías eficaces y cabales de protección. A la desjerarquización de la libertad pública, como categoría política, contribuye sensiblemente la anarquía procesal de desprotección y la diversidad situacional del administrado (por ejemplo, derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple) que fracciona caprichosamente la unidad esencial del derecho subjetivo público, como una situación del individuo ante el Estado.

Pretendemos que el derecho subjetivo *sea todo y siempre*. Un Estado de derecho que consagre *libertades públicas* eternas y de las otras y que afiance con seguridad y celeridad su tutela por medios procesales idóneos para traducir en realidad concreta aquella fuerza potencial inmanente del individuo, que para la política se llama "libertad" y para el derecho "derecho subjetivo".

Estamos educados en un sistema que jerarquiza los derechos y situaciones subjetivas. Es difícil pensar al derecho como algo ajeno a la noción de derecho subjetivo. No se trata de un principio contingente que un día no fue y que, por tanto, podría un día dejar de ser.

El derecho subjetivo implica un poder del sujeto que está en la entraña de su existencia. Los planteos a priorísticos e historicistas que lo afirman o lo niegan, lo absolutizan o relativizan, no hacen sino ratificar que se puede estar *con o contra* los derechos subjetivos, pero *no sin* los derechos subjetivos. La subjetividad es un dato inherente a la existencia del hombre como sujeto, pues la esfera subjetiva podrá ser ocultada o empañada, pero jamás negada. La empresa intelectual de negarlos puede ser asumida, como lo hizo Duguit, pero los resultados teóricos y las experiencias prácticas nos acreditan que ello es una abstracción formal que contradice pautas pétreas del quehacer humano.

Villey sostiene que el derecho antiguo no conoció la idea de derecho subjetivo, de moderno origen. Es un dato cierto. Quizás no se le llamó así, pero el derecho existía. Recién con la revelación cristiana se descubrió y enalteció la situación humana con ópticas ignoradas por el paganismo antecedente. De todos modos la propia

ley natural le confería al hombre la facultad de "tener" o "hacer", que los romanos llamaron "jus", que traducía distintas potestades, por ejemplo, *potestas in se*: libertad; *potestas in alios*: poder sobre terceros; *potestas in re*: dominum.

El derecho subjetivo presenta clases clásicas: *sobre la persona, las cosas y a las cosas* (jus in personas, in re, ad rem). La palabra "jus" también traduce una facultad, una *cierta clase de poder* que reivindica el status individual. La noción constituye el punto de partida de la ciencia jurídica moderna que revela el valor del individuo, traducido a la humanidad por boca del cristianismo, que defiende los derechos naturales del hombre.

La libertad asume forma jurídica y el derecho se transforma con aquella raíz sustantiva, siendo precisamente el derecho, la libertad que cada uno tiene para usar de sus atributos naturales, conforme a los límites de la razón objetivada (la norma).

El derecho subjetivo es hoy —y siempre— noción jurídica fundamental para una civilización humanista que concibe el derecho en función de la persona: *cuáles son sus derechos y cuáles los medios para hacerlos valer* —dice Villey—, son los interrogantes de la ciencia jurídica. Es el modo de reconocerlos y respetarlos. El derecho subjetivo reina como amo del pensamiento jurídico. Es el antídoto del absolutismo: la libertad jurisdicada. La ley permisiva es la que consagra la autoridad del derecho subjetivo.

De todos modos en el orden teórico, esta fuerza intrínseca del individuo, definida como posibilidad de una persona para exigir de otra un comportamiento adecuado a la satisfacción de intereses humanos, ha sido analizada con diversos enfoques: 1º *tradicional*: formal y pluralista; y 2º *moderno*: sustancial y monista. Con aquél el derecho subjetivo es algo. En éste pretende ser para siempre todo.

II. DERECHO SUBJETIVO:

CATEGORIA JURIDICA PLURAL: ENFOQUE FORMAL

Los derechos, según la intensidad de su protección y particularidad o exclusividad con que se los confiera, se los clasifica tradicionalmente en: a) derecho subjetivo; b) interés legítimo; y c) interés simple.¹⁰

¹⁰ DIEZ, Manuel María, *Derechos Subjetivos, Intereses Legítimos e Intereses Simples*, en "Estudios en Homenaje al Profesor López Rodó", Madrid, 1972, t. I,

Se procede de modo sumario y formal en la determinación de los elementos esenciales del derecho subjetivo, transformando la teoría de las situaciones subjetivas en un silogismo jurídico.

8. Derecho subjetivo.

Implica la predeterminación normativa de la conducta administrativa debida a un individuo en situación de *exclusividad*. Se trata de una actividad humana, imperativamente protegida. Genera un interés propio, excluyente¹¹ de *titularidad diferenciada* que habilita a exigir una *prestación* también diferenciada. Es la figura subjetiva activa por excelencia, modelo histórico de ellas, que se edifica sobre el reconocimiento de un poder en favor de un sujeto concreto respecto de otro, imponiéndole a éste obligaciones o deberes en su interés propio, que puede pedir hasta con tutela judicial.

Siempre traduce un interés particularizado más intensamente protegido por oposición al interés concurrente o compartido, por el que administrado tiene la exigibilidad exclusiva a que la Administración no exceda sus facultades regladas. Trátase de pretensiones de los individuos frente al Estado, que es quien debe satisfacerlas en forma directa. Así pues, poniendo el acento en lo formal,

ps. 467 y ss. FIORINI, Bartolomé, *¿Qué es el Contencioso?*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, ps. 47 y ss. GARCIA TREVIJANO FOS, op. cit., t. I, ps. 491 y ss. GORDILLO, Agustín, *Introducción al Derecho Administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1966.

QUIROGA LAVIE, Humberto, *La Teoría de los Derechos Públicos Subjetivos en el Pensamiento de Jellinek y de Vittorio Emanuele Orlando*, en Rev. JUS, La Plata, ed. Platense, 1978, N° 27, p. 23 y ss. GUZMAN BRITO, Alejandro, *Para la Historia del Derecho Subjetivo*, en Anuario de Derecho Administrativo, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 1975-76, tomo I, ps. 51 y ss.

¹¹ En el léxico jurídico se utilizan ciertas figuras afines al derecho subjetivo como son: "las potestades", o "poderes", "los privilegios", "facultades", "acciones", "interés jurídico", etc.

FIORINI, *¿Qué es el Contencioso?* op. cit., p. 54, dice: "El derecho subjetivo, que se destaca como una situación jurídica, adquiere carácter de tal con la determinación de *exclusiva* o *excluyente*, en la pertenencia de ciertos bienes jurídicos, donde se manifiesta el goce de la disponibilidad y la exigibilidad de cumplimiento o respecto a terceros. La exigibilidad de la situación jurídica se debe garantizar con la acción jurisdiccional".

Ampliar en DABIN, Jean, *El Derecho Subjetivo*, Ob. cit., ps. 90 y ss. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Sobre los Derechos Públicos Subjetivos*, en Anuario de Derecho Administrativo, Universidad de Chile, 1975-1976, t. I, ps. 67 y ss. ALESSI, *Instituciones...*, op. cit., p. 445. "El interés es la sustancia, el poder el medio de protección, siendo ambos elementos intrínsecos al derecho subjetivo. El poder se resuelve a su vez en una pretensión jurídica: pretensión de prestación o bien pretensión de abstención".

lo que interesa es que la actividad humana —que constituye el objeto del derecho subjetivo— esté protegida mediante la posibilidad de invocar una consecuencia jurídica determinada ante su no realización.

El derecho subjetivo consta pues de: a) una situación de hecho; b) ante cuyo incumplimiento o violación corresponde; c) una consecuencia jurídica; d) que puede invocar un individuo.

Los tipos de conducta humana exigida al sujeto obligado son tres: dar, hacer y no hacer. Tales actos de conducta pueden ser *comisión u omisión* de una acción (acto específico) o una *actividad* (un proceso o serie de actos relacionados). En los casos comisivos (dar o hacer) existe la probabilidad de exigir la realización de tal actividad (derecho subjetivo positivo). En el supuesto omisivo hay una facultad de actuar, por actividad propia, jurídicamente protegida mediante el deber de no hacer (modo de acción omitente) impuesto al tercero.

El contenido del derecho subjetivo puede ser *plural*, en tanto las prestaciones en su favor pueden ser de naturaleza real o personal; contractual, extracontractual o legal; constitutiva o declarativa;¹² personal o estatutaria; pública o privada;¹³ de permisón o pretensión;¹⁴ absoluta o relativa;¹⁵ directa e indirecta.¹⁶

12 Por ejemplo, de naturaleza *real o personal*: titular propietario de un bien, derechos de aprovechamiento exclusivo sobre bienes públicos (usos especiales); de naturaleza *contractual, extracontractual o legal*, según la calidad del título jurídico generador o causa eficiente del derecho; de naturaleza *constitucional o declarativa*, según los casos y confieran licencias, autorizaciones, permisos, concesiones, exenciones, eximisiones, etc.

13 Según la calidad jurídica del sujeto obligado de la relación.

14 LEGAZ y LACAMBRA Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, ed. Bosch, 1961, ps. 730-731. Lo permitido como ámbito de actuación libre concedido y garantizado por el derecho conforma un derecho subjetivo amplio, universalmente oponible, en el caso de los "derechos-pretensión"; se ha conferido una especial potestad poder jurídico concreto, como facultad individual y potestativa de operar la adquisición, cambio o extinción en una relación jurídica.

15 LACHANCE, Louis, *El Concepto de Derecho Según Aristóteles y Santo Tomás*, Trad. Fernando Cuevillas, Bs. As., 1953, p. 279. Los derechos subjetivos pueden ser *absolutos* por su naturaleza ontológica y relativos por la Historia y el régimen político.

16 LINARES, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, cit. ps. 430-431, quien señala a su vez dos modos de conferir derechos subjetivos administrativos: a) *directamente* por ley operativa (vgr. leyes impositivas que confieren exenciones y ciertas leyes que organizan servicios públicos industriales); b) *indirectamente* a través de actos administrativos, como en el caso de las jubilaciones, pensiones y retiros regulados por leyes orgánicas.

9. Interés legítimo.

No todo interés jurídico importa para su titular un derecho subjetivo sino que puede asumir otras formas: interés legítimo e interés simple.

El interés legítimo puede ser común o especial. El interés legítimo *común* se caracteriza por los siguientes elementos: a) norma jurídica que *predetermine* concretamente cuál es la conducta administrativa debida; b) que esa conducta *no sea debida* a un sujeto particular en situación de *exclusividad*, sino a un conjunto de individuos en concurrencia; c) interés *personal y directo* del individuo en la conducta administrativa.¹⁷

Por su parte, el interés legítimo *especial* se caracteriza por: a) *ausencia de una norma jurídica* que predetermine concretamente cómo debería ser la conducta administrativa, si bien la Administración debe someterse a la existencia de un límite elástico impuesto por la razonabilidad, desviación de poder, etc.; b) *situación de exclusividad o concurrencia*; c) *interés personal y directo* del recurrente.

10. Interés simple.

Es el que no pertenece a la esfera de las necesidades o conveniencias particulares del titular, sino solamente a la de las necesidades y conveniencias públicas. Es una especie debilitada de *derecho subjetivo a la legalidad*, como le llama Bonnard. Es el interés que tiene todo particular en que la ley sea cumplida.

Los elementos que lo caracterizan son: a) actividad *reglada o discrecional* con límites jurídicos que predeterminan la conducta administrativa; b) situación de *concurrencias*; c) *ausencia* de interés personal y directo.¹⁸

11. Situación jurídica subjetiva: medida de protección.

Según sea la situación jurídica subjetiva del administrado será la protección que el ordenamiento positivo le depara.¹⁹

17 LINARES, *Fundamentos*, op. cit., ps. 436-438.

18 GRAU, cit., p. 43. FORSTHOFF, cit. ps. 270-271.

BONNARD, Roger, *Précis de Droit Administratif*, París, 1935, ps. 81-83.

a) Quien tiene un *derecho subjetivo* puede reclamar su reconocimiento tanto ante la propia Administración (por vía de recursos administrativos) como ante la jurisdicción (por vía de acciones judiciales ordinarias, interdictos, acciones sumarias, acciones procesales administrativas, entre otras vías). Si aquélla no le reconoce su derecho, el particular puede accionar judicialmente —por proceso administrativo— ejerciendo la *acción subjetiva* de plena jurisdicción y peticionando, además de la extinción del acto lesivo (anulación total o parcial), el restablecimiento del derecho vulnerado, desconocido o incumplido y el resarcimiento de los perjuicios sufridos.

b) Quien tiene un *interés legítimo*, puede reclamar su reconocimiento ante la Administración por vía de recursos administrativos. En algunas legislaciones se concede protección judicial para su tutela por medio de la acción procesal administrativa de ilegitimidad o anulación, también denominada *contencioso objetivo*.²⁰ El titular de un interés legítimo sólo puede pedir la revocación o anulación del acto que lo afecta y no indemnización por daños y perjuicios.

c) Quien tiene un *interés simple* sólo tiene protección administrativa por vía de "denuncias". No puede pretender revocación administrativa ni anulación judicial, como tampoco resarcimiento indemnizatorio. No obstante, dicho principio tiene excepciones, como el caso de la acción judicial de "hábeas corpus", en que la promoción de la misma puede ser realizada por terceros, extraños en el proceso, por ejemplo amigos, parientes.²¹

19 CASSARINO, Sebastiano, *Le Situazioni Giuridiche e L'oggetto della Giurisdizione Amministrativa*, Milán, Giuffrè, 1956, ps. 299 y ss.

Cfr. DIEZ, Manuel María, *Control Judicial de la Administración. El Proceso Administrativo*, R.A.D.A., Buenos Aires, julio 1971, año I, N° 1, ps. 11 y ss. VILLEY, cit., p. 152 y ss.

20 Se le han dado diversas denominaciones: "acción de nulidad" (arts. 58, 120 y 122, Cód. Corrientes; "recurso objetivo o demanda de ilegitimidad" (art. 5°, Cód. Córdoba); "recurso de ilegitimidad" (arts. 13 y 55 Cód. Santa Fe); "acción de ilegitimidad".

21 GRAU, *Habilitación de la Instancia Contencioso-Administrativa*, op. cit. ps. 35 y 48. ALVAREZ GENDIN, Sabino, *Acción Popular y Recursos Administrativos contra Actos de la Administración*, R.A.P., Madrid, 1953, N° 11, p. 221. Ampliar en MARTIN RETORTILLO, Sebastián, *Responsabilidad de la Administración Pública por Lesión de Intereses Legítimos*, R.A.P., Madrid, 1963, N° 42, p. 453.

III. DERECHO SUBJETIVO: CATEGORIA JURIDICA UNITARIA ENFOQUE SUSTANCIAL

Desde una perspectiva sustancial, en relación a la esencia y contenido más que a los "resultados procesales", el derecho subjetivo es una categoría jurídica unitaria "activa", comprendida siempre en toda relación jurídica. Es aquella situación favorable del sujeto de derecho producto de la relación con otro sujeto, por la cual este último resulta obligado.

A nuestro entender, más que la pura "legitimación" formal (que las categorías subjetivas varias pueden otorgar en el plano procesal) interesa la determinación precisa del contenido real del derecho subjetivo, como medio sustantivo identificado con los derechos de fondo y las libertades públicas.²²

12. Las libertades públicas como derechos subjetivos.

Superada la etapa del absolutismo monárquico, que veía al rey como vicario de Dios en la Tierra, el hombre pasó de "súbdito" (objeto del poder) a "ciudadano" (sujeto dueño del poder). Jurídicamente ya no sólo titulariza situaciones jurídicas "pasivas", sino también es un sujeto "activo" en lo político y en lo jurídico, como ciudadano y como administrado.²³

a) Libertad y derecho.

Pertenecen al pasado las épocas del poder irresistible sobre el súbdito, que sólo tenía deberes y no derechos y al que se le negaba la calidad de sujeto de derecho. Sólo era sujeto pasivo del derecho

22 LEGAZ y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, ob. cit., ps. 732-733. El uso lingüístico lleva a creer que el derecho subjetivo es distinto de sus efectos. Ver ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1963, p. 172. GARRIDO FALLA, Fernando, *Las Tres Crisis del Derecho Público Subjetivo*, en Estudios dedicados al Prof. García Oviedo, Sevilla, t. I, 1954, p. 177 y ss. Una perspectiva histórica del tema, puede verse en GUZMAN BRITO, Alejandro, *Para la Historia del Derecho Subjetivo*, cit. ps. 51-65.

La tesis negativa sobre la existencia de derechos subjetivos puede verse en LEON DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1927, 3° ed. t. 1°, ps. 22 y ss.

23 Es precisa la reserva terminológica de la palabra "administrado", que realizan García de Enterría y Fernández, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. IV, Madrid, Civitas, 1977, ps. 15-16, por cuanto el vocablo alude a una posición simplemente pasiva de un sujeto, que soporta la acción de administrar que sobre él ejerce otro sujeto eminente y activo, llamado Administración Pública.

atento a su sujeción política y la "relación, por consiguiente, era puramente unilateral".²⁴ Una sociedad de esclavos no es un Estado. Sólo con libertad manifestada en el derecho subjetivo público existe el Estado, pues la soberanía estatal es restringida por atributos inalienables de la personalidad humana.

El hombre "sujeto de derecho" opera como tal, a su vez, a través de cualidades, calidades o *atributos naturales inescindibles*: los derechos subjetivos. Ello equivale a decir: "no hay sujeto sin derechos" y éstos son propios y esenciales de aquél. Son los atributos jurídicos del *status libertatis*, que en su primera manifestación aparecen como "poderes o potestades jurídicas", independientes de toda relación jurídica concreta, como cualidades genéricas no referidas a un sujeto en particular ni a objeto determinado, sino común denominador de los "sujetos de derecho". Su ejercicio se actualiza en un *poder concreto*: derecho subjetivo.

Las libertades individuales se articulan técnicamente como derechos subjetivos. Las libertades públicas, que no están coordinadas con la técnica del derecho subjetivo, son derechos constitucionales "declarados", pero no asegurados ni garantizados en su tutela y defensa. En suma, allí sólo se ha "declamado" el derecho pero no se ha "tutelado" su ejercicio.²⁵

24 LAUN, Rudolf, *Derecho y Moral*, México, U.N.A.M., 1953, Cuaderno N° 5, ps. 18 y ss. DEL VECCHIO, Jorge, *Persona, Estado y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, cap. I, ps. 1-45.

25 BRAUD Philippe, *La Noción de Liberté Publique en Droit Français*, collection Bibliothèque de Droit Public, París, L.G.D.J., 1968, p. 243 y ss. BURDEAU, Georges, *Les Libertés Publiques*, París, L.G.D.J., 1972, p. 103 y ss.

COLLIARD, Claude Albert, *Libertés Publiques*, 5ª ed., París, Dalloz, 1975, Cap. V, p. 130 y ss.

DROMI, *Autoridad y Libertad en el Derecho Administrativo*, ob. cit.

BIELSA, Rafael, *La Acción Popular y la Facultad Discrecional Administrativa*, en rev. La Ley, t. 73, ps. 711 y ss.

BREWER CARIAS, Allan R., *Garantías Constitucionales de los Derechos del Hombre*, Caracas, ed. Jurídica Venezolana, Monografía N° 1, 1976, señala con criterio que compartimos, p. 13 "los medios o recursos procesales son en efecto, la real garantía constitucional que se establece en el texto constitucional para hacer efectivos el goce y disfrute de los derechos y libertades individuales. De no existir estos medios procesales, la sola consagración de los derechos y libertades en la constitución resultaría vana"; Cfr. RIVERO, Jean, *Les Libertés Publiques*, París, 1973, p. 199. Se utiliza la expresión "libertades públicas", en lugar de "derechos del hombre", teniendo en cuenta primordialmente el derecho positivo (RIVERO, cit. ps. 17, 48 y 107).

FIX ZAMUDIO, Héctor, *La Protección Procesal de las Garantías Individuales en América Latina* en revista de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, Dic. 1968, Vol. IX, N° 2, p. 71 y ss.

En una palabra, "no hay derecho". La falta de ley reglamentaria no debe menoscabar el ejercicio de los derechos. Estos tienen imperatividad constitucional.

b) Situaciones y derechos.

En la relación pública se dan situaciones antinómicas de *supremacía* (desde la perspectiva administrativa) y de sujeción (desde la perspectiva del administrado). Las diversas situaciones no niegan, a pesar de la sujeción pública, que el individuo disponga de un sistema de garantías y de las consiguientes situaciones subjetivas para imponer, incluso procesalmente, la tutela por vías "administrativas", "judiciales" y "legislativas".

La *diversidad de situaciones "sociales"* no altera la *unidad jurídica* del atributo, pues la relación puede ubicar al administrado como "interesado", "parte", "funcionario", "usuario", "vecino", "soldado", "preso", "concesionario", "consorcista", "contratado", "oferente", "permisionario", "alumno", "becario", etc., pero ello no significa que las situaciones que emerjan de la relación tengan distinta naturaleza, entidad o régimen, por la sola razón circunstanciada del modelo relacional.²⁶

El principio de legalidad cubre la universalidad de la actuación administrativa. Por ello, el derecho subjetivo requiere de un *título jurídico* que opere como una función de ajuste del derecho al obrar exterior, actualizando de manera formal y objetiva la constitución e individualización del beneficiario del derecho. Las *fuentes del título* dependen de la naturaleza de la relación jurídica: "pública" o "privada", de justicia "distributiva" o "conmutativa".

Ahora bien, la *calidad del título* determinará el alcance de las pretensiones procesales (anulaciones, modificación, indemnización, etc.) y no la supuesta diversidad de situaciones subjetivas. El

CRETELLA JUNIOR, José, *Libertades Públicas*, São Paulo, Bushatsky, 1974, cap. XV, p. 203-219.

ROBERT, J., *Libertés Publiques*, París, 1971, éditions Montcherestein.

ROMERO, César E., *Derecho Constitucional*, Bs. As., Zavalía, 1975, T. I., cap. 18, ps. 318 y ss., y T. II, cap. 2, p. 25 "los derechos en la concepción liberal eran derechos de ser: los derechos en la concepción social de nuestro tiempo son *derechos de obtener*".

MARTIN RETORTILLO, Lorenzo, *El Via Crucis de las Libertades Públicas*, Cuadernos para El Diálogo, Madrid, 1976, p. 41 y ss.

26 MONTIEL, F., *El Ciudadano y el Administrado*, en R.A.P., Madrid, N° 48, ps. 127 y ss.

derecho subjetivo, de existir, es siempre el mismo. Varían los *títulos jurídicos*.²⁷

13. ¿Derecho subjetivo o libertad reglamentada?

La Constitución ofrece un cierto equilibrio de las atribuciones que otorga. Por una parte, reconoce atribuciones al Estado (competencias) y, por otra, reconoce derechos inalterables a los individuos. Ni una ni otra pueden tener supremacía; ambas deben armonizarse dentro del marco del orden jurídico constitucional.

a) Los derechos subjetivos como límites del poder.

Los derechos subjetivos limitan la autonomía del imperium del Estado, pues traducen la exigencia jurídica directa al poder del Estado. Desde el punto de vista normativo, el derecho subjetivo es reconocido por el Estado para ser ejercido frente al mismo.

El derecho prevé una normación bilateral, contraponiendo "sujetos" a "sujetos", atribuyendo una pretensión de un lado, a la cual corresponde un deber en el otro.²⁸ Establece límites a esa relación para los casos que los sujetos se invadan la esfera de sus derechos y prevé el restablecimiento del equilibrio jurídico por diversos medios. Así se le *faculta a la Administración*: 1º ejecutar por sí sus actos (ejecutoriedad del acto administrativo); 2º presumir los

27 LACHANSE, Louis, O.P. *El Concepto de Derecho Según Aristóteles y Santo Tomás, Cit.*, cap. XII, "El Título Jurídico" ps. 293 y ss.

GALLEGO ANABITARTE, A., *Las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de Legalidad de la Administración*, en R.A.P., Madrid, N° 34.

GARCIA DE ENTERRIA, E., *Sobre los Derechos Públicos Subjetivos*, en R.E. D.A., Madrid, N° 6, ps. 427 y ss.

GARRIDO FALLA, F., *Las Tres Crisis del Derecho Público Subjetivo*, ob cit., Vol. I, ps. 154 y ss.

NIETO A., *La Discutible Supervivencia del Interés Directo*, en R.E.D.A., Madrid, N° 12, ps. 39 y ss.

28 QUIROGA LAVIE, *La Teoría de los Derechos Públicos Subjetivos*, cit. p. 33. DEL VECCHIO, Jorge, *Supuestos, Concepto y Principio del Derecho* (trilogía), Ed. Bosh, Barcelona, 1962, ps. 257 y ss.

DIAS ARAUJO, Enrique, *Prometeo Desencadenado o la Ideología Moderna*, en Rev. Idearium, Fac. de Derecho, Universidad de Mendoza, N° 3, Mendoza, 1977, ps. 205-210.

Así como la libertad sin frenos equivale a la *anarquía*, la *autoridad* absoluta, sin límites, degenera en el despotismo y en el totalitarismo que importa el menosprecio del propio derecho subjetivo, a cuya lamentable situación recuerda aquel célebre aforismo que ya Cicerón reputaba como antiquísimo "Summun ius, summa iniuria".

actos regulares y dictados de conformidad al ordenamiento jurídico (presunción de legitimidad del acto administrativo); 3º efectuar una ejecución en subsidio ante el administrado incumplidor y remiso; 4º promover la acción procesal administrativa de lesividad para lograr la anulación de actos administrativos favorecidos con la estabilidad; 5º imponer limitaciones administrativas; 6º ejercer prerrogativas exorbitantes en los contratos administrativos.

Como contrapartida, cuando se acrecienta el área de poder se crean los *remedios institucionales*, de jerarquía sustancial o procesal, para resguardar los *derechos subjetivos de los administrados*: a) hábeas corpus; b) acción de amparo; c) recurso extraordinario; d) acción de inconstitucionalidad; e) recurso de inconstitucionalidad; f) interdictos, etc., además de la protección jurídica ordinaria en sede administrativa (procedimiento administrativo), por medio de recursos (aclaratoria, queja, reconsideración,alzada, apelación, jerárquico, etc.), y en sede judicial (proceso administrativo) por medio de acciones procesales (subjetiva o de plena jurisdicción, objetiva o de anulación, de interpretación, etc.). Tales remedios hacen al derecho subjetivo. Son de su propia esencia. Sólo el uso lingüístico lleva a creer que el derecho subjetivo es distinto a sus efectos.

El acrecentamiento de las funciones del Estado moderno, al asumir tareas económico-sociales irrenunciables, debe hacerlo sin desmedro de las libertades públicas a las que debe servir.²⁹

Los derechos de los administrados que concurren bilateralmente con el Estado, en el convivir diario de cada individuo, son tan sólo reconocidos por el ordenamiento jurídico, pues muchos de ellos le vienen dados por la naturaleza, por su condición de hombre, de ser en libertad.³⁰

29 OYHANARTE, Julio, *Poder Político y Cambio Estructural en la Argentina*, Bs. As., Paidós, 1969, ps. 72-73 y ps. 95-96. C.S.N., caso "KOT", 1958, Fallos t. 241, p. 291. Cfr. y ampliar VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Constitucional General*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1978, cap. V, p. 191 y ss. "El Estado y las Libertades Públicas", y el estudio de los conceptos de libertades "límites" y libertades "oposición". GUSTAVINO, Elías P., *Derecho Subjetivo e Interés Legítimo en Materia Civil*, Rev. JUS, La Plata, 1973, N° 22, p. 41.

30 OYHANARTE, cit. p. 95-96, todos permanentemente estamos en relación jurídica con el Estado, ya sea utilizando un "servicio público", un "bien público", tributando "tasas", "contribuciones", "impuestos", etc.

CASARES, Tomás D., *Orden Social, Desarrollo y Ultimo Fin de la Existencia Humana*, en el libro "La Justicia y el Orden Social" Mendoza, ed. Idearium, 1977, p. 7 y ss.

Es justamente *el reconocimiento y la protección acordada por el Estado a tal actividad 'en libertad'*, lo que transforma esa facultad natural del individuo en derecho subjetivo,³¹ en facultad excluyente de uno reflejada en el deber de otro, por imposición del ordenamiento jurídico que asegura el cumplimiento de la prestación debida. La seguridad de la exigibilidad la establece así el derecho objetivo.³²

X b) *El poder como límite de los derechos subjetivos.*

Por tales razones los derechos individuales *preexisten* a las leyes y a los actos administrativos. La Constitución Nacional expresa que los habitantes gozan de los derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. Los derechos ya existen y las leyes sólo podrán regularlos, fijando sus alcances y límites, pero aunque la ley no sea dictada, ya existen por imperativo constitucional. La jurisprudencia ha señalado las *limitaciones implícitas* de los poderes del Estado que emergen de los principios constituciones fundamentales. La C.S.N. en el caso *Municipalidad de la Capital c/Isabel de Elortondo* (Fallos, tomo 33, p. 162), dijo: "Declarando la Constitución que la propiedad privada podía ser tomada para uso público, implícitamente declara que no podrá ser para uso privado: lo contrario sería violatorio del derecho natural".

El mismo criterio reitera en el fallo in re "Quinteros c/Cía. de Tranvías Anglo Argentina (La Ley, tomo 8, p. 405 y Fallos, tomo 176, p. 22, año 1936) donde se expresa: "... La Constitución

Cfr. y ampliar en LACHANCE, Louis, *El Concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, op. cit. p. 273 y ss. "el individuo como sujeto del Derecho", ps. 279 y ss., "El Estado como sujeto del Derecho".

31 SEPICH, Juan R., *Sacralidad y Secularización del Derecho*, ed. Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales, Univ. de Mendoza, 1976, ps. 6 y ss. Así se justifica que en doctrina se diga que el derecho subjetivo se presenta como "la licitud de actuación en orden a la satisfacción de los intereses que la norma asigna...". BARBERO, D., *Sistema del Derecho Privado*, Trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1967, vol. I, N° 59. GUZMAN BRITO, Alejandro, Presentación al libro de Michel Villey "Estudios en Torno a la Noción de Derecho Subjetivo", Univ. Católica, Valparaíso, Chile, 1976, p. 15 y ss.

32 LEGAZ y LACAMBRA, cit. p. 715; BREWER CARIAS, Allan R., op. cit. p. 17 y ss., clasifica los derechos, respecto de su consagración constitucional y la tipología de las regulaciones, en (1) derechos fundamentales (absolutos), (2) derechos cuyo ejercicio puede ser restringido o suspendido por actos de gobierno, (3) derechos limitables por el legislador en aspectos específicos, (4) derechos limitables por el legislador en sentido amplio, (5) derechos cuyo ejercicio queda supeditado a reglamentación legal.

DE DERECHO

es individualista pero debe entenderse tal calificación en el sentido de que se reconoce al hombre derechos anteriores al Estado, de que éstos no puede privarlo. Pero no es individualismo en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no pueden ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias... De su preámbulo y de su contexto se desprende el concepto de que la Constitución se propone el bienestar general, el bien común de la filisofía clásica...".

La misión del *derecho objetivo* es reconocer y proteger esos *derechos subjetivos* por un lado y limitarlos por otro, aunque sólo en lo mínimo y en la medida necesaria para asegurar su mayor efectividad.

El derecho subjetivo subsiste muy a pesar de la ley inconstitucional y de cualquier otra que lo reglamenta irrazonablemente, modificándolo, alterándolo de algún modo.

Tales derechos, que el ordenamiento jurídico "reconoce" y se obliga a "no alterar", no son absolutos, ilimitados o soberanos in eternum. *No hay derechos absolutos*. Hablar de ello importa aceptar una tesis antisocial. La vida en sociedad obliga a la restricción, al *cercenamiento reglamentario de los derechos*, en salvaguarda del bien común y de los intereses económico-sociales de la colectividad. La vida en sociedad obliga a la restricción de los derechos humanos para adecuarlos al bien común. La potestad estatal tendiente a hacer efectiva esa restricción recibe el nombre de *poder de policía*, denominación que se emplea con más comodidad que propiedad.

Además, la noción de "poder de policía" está llena de vicisitudes e incertidumbres jurídicas, a lo que se suma una evolución accidentada, pues su acepción etimológica explicativa de su concepto originario —no el actual— deriva de "politeia" (política), y ésta a su vez de "polis" (ciudad); de suerte que textualmente sería administración de la ciudad o gobierno mismo. La modernidad no lo entendió así. Aparece como una función del poder, de aseguramiento de fines, para lo cual se hace necesario reglamentar y regular derechos públicos y privados.

14. *Categoría propia de la teoría general del derecho.*

Las figuras jurídicas subjetivas son propias de la teoría general del derecho. El administrado, como todos los demás sujetos, al

desplegar su propia personalidad dentro de los límites de la capacidad jurídica que le reconoce el ordenamiento jurídico, resulta titular de: a) situación jurídica de "poder activo o ventajas"; b) situación jurídica de "deber pasivo o desventajas"; c) figuras subjetivas intermedias como los "derechos-deberes" (por ejemplo el sufragio)³³ y "derechos-condiciones" que exigen un determinado comportamiento (por ejemplo, las cargas).

La categoría "derechos subjetivo" implica, de suyo propio, "potestad", "poder jurídico", "cualidad jurídica", "prerrogativa individual" o "disposición" de imponer, exigir o recabar el respeto del *meum iuris*, "mi derecho", frente al actamiento, obediencia, cumplimiento u otros obligados por una situación de *deber*.

En la forma externa, el derecho subjetivo opera como "titularidad". Concepto cuyo valor técnico reside en designar la especial condición de ser sujeto activo en una relación jurídica básica. Es un modo de concretar el derecho objetivo.³⁴ Es una realidad existencial como atributo de la persona en su dimensión social. Es íntima y entrañable la vinculación entre los "derechos fundamentales de la persona y los derechos subjetivos". El derecho subjetivo brinda la "disposición facultativa" de medios jurídicos para la defensa de libertades reconocidas u otorgadas por el derecho objetivo.

15. El origen del criterio de la diversidad de situaciones subjetivas: Oportunismo jurídico.

El origen de la estructuración jerárquica de los "derechos subjetivos", en grado de mayor a menor (derecho subjetivo propiamente dicho, interés legítimo e interés simple), en mérito a la técnica proteccional y al alcance reparatorio, nació en el derecho francés. Se enuncian por orden descendente de acuerdo con la mayor o menor intensidad de la ventaja que suponen para su titular. Según la tradición, los verdaderos derechos subjetivos "adquiridos" por los administrados se defendían con el recurso judicial de "plena jurisdicción", con poder judicial amplio para anular e indemnizar.

33 MARTINEZ VAZQUEZ, Benigno, *El Sufragio*, Bs. As., Depalma, 1966.

34 Ver KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, Trad. Luis Legaz Lacambra, México, 1959, p. 72 y ss.; y *Teoría General del Derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Maynez, México, U.N.A.M., 1969, p. 75 y ss., en especial p. 102-103.

a) El sistema francés de la diversidad de acciones.

La creación pretoriana del Consejo de Estado francés del "recurso por incompetencia y exceso de poder" generó el dualismo derecho subjetivo e interés legítimo. Tal recurso nació a principios del siglo XIX, como una "simple vía de petición o denuncia", para que el Consejo de Estado, por el sistema de justicia retenida, operara un control interno sobre la Administración. A fines del siglo XIX la aplicación del artículo 9 de la ley del 24 de mayo de 1872 suple la ausencia de base legal, admitiendo un recurso ordinario al lado del de plena jurisdicción. Tal recurso *por exceso de poder* deja de ser una simple denuncia. Se convierte en un verdadero proceso por el que se asegura el cumplimiento de la ley por la administración, controlando los vicios de incompetencia, forma, violación de la ley y la desviación de poder.

No se trata de una *justicia subjetiva* para la tutela de derechos propios "como en el tradicional proceso de plena jurisdicción en defensa del derecho subjetivo", sino que es un "proceso al acto" en defensa de la legalidad objetiva.³⁵ Tal objetividad se traduce en la limitación de sus efectos "meramente anulatorios" y en la ampliación de su alcance "erga omnes".

¿Alguien debe promover tal defensa de la legalidad objetiva? Allí aparece la figura del "denunciante" primero y del "recurrente" luego, exigiéndosele un *interés directo y formal* en el asunto. Así, el proceso se transforma en una especie de acción pública que el interesado estaría encargado de intentar en interés de todos. Tal

35 El proceso administrativo de *anulación* está constituido por el "recurso por exceso de poder", "contencioso objetivo", "proceso de legalidad" o "jurisdicción objetiva", que se da contra actos no contra la persona administrativa propiamente dicha. No provoca indemnización o la restauración de un derecho sino que busca asegurar la buena y legal administración. El fallo que se pronuncia anula el acto pero no se sustituye con otro.

Sobre el tema ampliar en los estudios específicos de GIORGI, Héctor, *El Contencioso Administrativo de Anulación*, Montevideo, 1958, y MENDEZ APARICIO, *Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo*, Montevideo, 1952; GARRIDO FALLA, *El Recurso Subjetivo de Anulación*, en R.A.P. N° 3, Madrid, 1950, ps. 177 y ss.; RODRIGUEZ ELIZONDO, José A., *Protección Jurisdiccional de los Administrados* (El exceso del poder), Seminario de Derecho Público N° 7, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961.

DIEZ PELUFO, *El Recurso Contencioso Administrativo*, 1960, p. 25, La "desviación de poder" es una especie o causa del "exceso de poder".

DROMI, *Proceso Administrativo Provincial*, Mendoza, Idearium, 1977, p. 119-120.

situación subjetiva no tenía una normación específica y de allí el nombre de "interés legítimo" e "interés simple".³⁶

b) *El sistema italiano de la diversidad de tribunales.*

Situación similar, por su mera naturaleza procesal, se opera en Italia. Desde su unificación legislativa y ratificado por la Constitución vigente (arts. 24 y 113), la justicia administrativa está dividida en protección de *derechos subjetivos*, confiada a los tribunales ordinarios y protección de *interés legítimo* confiada al Consejo de Estado.³⁷

c) *Crítica y valoración.*

Todo ello nos revela que en un sistema judicialista (por ejemplo el argentino), sin desdoblamientos jurisdiccionales (ordinarios y administrativos), la distinción es inaplicable o al menos debe serlo. Su historia nos confirma que fue un *instituto de circunstancia*, creado a merced de una oportunidad. En Francia para darle sustento a una ampliación tutelar, que la ley originalmente restringía, y en Italia para justificar la división tribalicia de la justicia administrativa. Por ello pareciera que, además de las falencias sustantivas que tiene la distinción, no se justifica hacerla en países donde la "ampliación tutelar está asegurada por otras vías (por ejemplo la acción procesal administrativa única con pluralidad de pretensiones prevista en los códigos contenciosos argentinos de las Provincias de Mendoza y Formosa), o donde no existen tribunales especiales (retenidos o delegados) para el ejercicio de la justicia administrativa".³⁸

36 GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1977, t. II, p. 36-38.

Cfr. y ampliar en el clásico estudio de ANDREADES, Stratis, *Le Contentieux Administratif des Etats modernes*, prefacio de Jézé, ed. Sirey, París, 1934, cap. IV, p. 78-102, sobre la organización de la jurisdicción administrativa en Francia.

37 CASSARINO, Sebastiano, *Le Situazione Giuridiche*, cit. cap. VIII, p. 361-407. SANDULLI, Aldo M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, XII edizione, Napoli, 1974, p. 80 y ss.

38 Sobre la justicia administrativa en Argentina, ver: BOSCH, Jorge T., *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública?* Bs. As., Zavallia, 1951.

FIORINI, Bartolomé, *¿Qué Es el Contencioso?* cit. DIEZ, Manuel María, *Control Judicial de la Administración. El Proceso Administrativo*, R.A.D.A. N° 1, Bs. As. julio 1971.

BIELSA, Rafael, *Sobre lo Contencioso Administrativo*, Bs. As., 3er. Ed., 1954.

LINARES, Juan F., *Lo Contencioso Administrativo en la Justicia Federal*, L.L. t. 91.

Estimamos que el criterio de la diversidad de situaciones subjetivas confiesa su *accidentalidad*, respondiendo el derecho a una circunstancia histórica concreta que en modo alguno puede calificarse de universal ni general. Precisamente la falencia del rigor científico en su misma creación y el circunstancialismo práctico que lo originó, permiten definir al criterio como de "oportunismo jurídico". Vale decir, el derecho al servicio de circunstancias, válido pues, siempre que se opere en la realidad "esas circunstancias" No siendo así, el derecho peca de vacío. Es pura forma. No tiene historia, ni menor razón de ser. Es un mero nombre que traduce un continente sin contenido.

Prueba de ello lo da, también, el dogmatismo alemán que con todo acierto hizo un axioma de la correlación entre "derechos subjetivos y tutela jurisdiccional", reconociéndose como derechos subjetivos del individuo todos los derivados de las libertades públicas constitucionalizadas.

Superando estas falencias formales, *unificando "responsabilidades", "vías" y "situaciones"* se logrará un enriquecimiento del angosto sistema de protección jurisdiccional.

16. *La subjetividad de la objetividad.*

En la práctica, los "recursos contenciosos administrativos" o "acciones procesales administrativas" de plena jurisdicción y anulación se tienden a confundir. En efecto, el llamado recurso por "exceso de poder" —de anulación— ha ido perdiendo su objetividad, exigiéndose la titularidad de una situación subjetiva específica de "interés legítimo" para su admisibilidad. Además, para merituar la "violación de la ley", una de las causales de la acción de nulidad no es suficiente examinar y decidir sobre la *legalidad externa*, sino que obligadamente habrá que juzgar la *legalidad interna*, resultante de la violación de los derechos individuales en el caso concreto.³⁹

a) *Las partes en el proceso objetivo de anulación.*

Por otra parte, la admisión de la *noción de "partes"* en el proceso de anulación ha hecho perder a esta acción su carácter

39 DROMI, *Acciones Procesales Administrativas*, en Revista "Justicia Administrativa", vol. I, N° 8, Bogotá, 1979, p. 476 y ss. Ver BERCAITZ, Miguel A., *Proceso y Procedimiento Contencioso Administrativo*, Madrid, 1964, R. A.P., N° 44, p. 128.

objetivo. A todo ello se suman las dificultades procesales que entraña la regulación independiente de ambas acciones, por la complejidad de los propios institutos procesales aún hoy discutidos en el proceso administrativo, por ejemplo reconvencción, caducidad de instancia, coadyuvantes, etc. y la inseguridad jurídica que genera el exigir presupuestos procesales y sustanciales distintos para cada acción, que puede determinar desgastes procesales inútiles. Por ejemplo, ¿demandar por anulación creyendo que sólo tiene interés legítimo cuando en realidad al final del proceso probó su derecho subjetivo? o, a la inversa, ¿interponer la acción de plena jurisdicción pretendiendo nulidad e indemnización porque se cree titular de un derecho subjetivo y luego no logró probar sino su interés legítimo?

La dicotomía de tales remedios jurisdiccionales, de origen francés, conduce obligadamente a la diferenciación de ambos procesos y, consecuentemente, a la interdicción de acumular dichas acciones con la consiguiente prohibición de deducirlas conjuntamente o en forma subsidiaria, aunque algunas legislaciones, por excepción, admiten la interposición conjunta de las acciones.⁴⁰

b) *Unidad de acción y diversidad de pretensión.*

La acumulación de ambas pretensiones es factible. Vale decir: la declaración de que el acto impugnado no es conforme a derecho y el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, más la indemnización de los daños y perjuicios cuando procedan. En suma, la división de las acciones debe ceder, admitiendo la unidad procesal, en beneficio de los administrados. Se actualizan así las clásicas palabras de Joseph Barthélemy que, (*Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, 1899), intentando salvar el viejo dogma de la equiparación entre acción y derecho subjetivo, afirmó que quien puede *utilizar el recurso por exceso de poder es titular de un derecho subjetivo.*

Por ello es más práctico *unificar las acciones* procesales administrativas, excluyendo incluso su nomenclatura, y sobre la base de un trámite común, habilitarlas en todos los casos para la defensa de una situación subjetiva (clásicamente: derecho subjetivo e inte-

⁴⁰ V. gr. Código de la Provincia de Catamarca, art. 16.

rés legítimo). En razón de la pretensión procesal y la prueba sustanciada serán los efectos y alcances de la sentencia.⁴¹

17. *Problemas procesal de legitimación.*

La titularidad de un "derecho específico" es la condición de sentencias estimatorias. No es la acción en sí la que promete un resultado, pues ella sólo permite excitar el funcionamiento jurisdiccional.

a) *Legitimación: ¿una o varias?*

La verdad es que *el lego nunca podrá entender el tema de la legitimación y, de entenderlo, se formaría una idea muy pobre del derecho.* Los juristas, en cambio, lo comprenden perfectamente y hasta lo consideran como algo natural e importante, precisamente por haberlo vivido desde siempre.

El origen del "interés legítimo", como un derecho subjetivo "a menos", "debilitado" reconoce su razón de ser en la necesidad de darle el "requisito de seriedad" a la formulación impugnativa. En suma, se busca saber quién es el quién detrás del recurso objetivo. Representa una explicación exclusivamente procesal por el descubrimiento de la existencia de una situación subjetiva de fondo como objeto de tutela judicial.

⁴¹ Tal criterio ha sido receptado por el Código Procesal Administrativo de Mendoza y Formosa siguiendo la nueva ley de lo contencioso administrativo de España (del 27 de diciembre de 1956) que no distingue entre recurso subjetivo y recurso objetivo y no confiere una tramitación distinta de uno y otro. Ver OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Introducao ao Direito Processual Administrativo*, Sao Paulo, Dos Tribunais, 1971, ps. 311-312, señala en igual sentido el criterio moderno de la doctrina acerca de la "uniformizacáo dos procesos administrativos", entre los que cabe incluir incluso los procesos especiales del "mandado de segurança" (amparo) y "ação popular".

MENDIZABAL ALLENDE, Rafael, *El Principio de Unidad Jurisdiccional y lo Contencioso Administrativo*, en R.A.P. N° 64 (Madrid, 1971), ps. 337-387. GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit. t. 2, ps. 44-45.

Esto nos demuestra que la tendencia del contencioso anulatorio lleva hacia la objetivación del mismo. Pero es imposible desconocer que *siempre tiene un sustrato individualista.* Garrido Falla, Fernando, *El Recurso Subjetivo de Anulación*, en R.A.P., Madrid, 1952, N° 2, p. 177 y ss.

RODRIGUEZ ELIZONDO, José A., *Protección Jurisdiccional de los Administrados*, Fac. de C.J. y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961, ps. 31 y ss.

Pero es que ¿acaso puede haber proceso sin legitimación procesal? Pero es que ¿acaso la subjetivación del llamado interés legítimo no termina confundiendo con el propio derecho subjetivo? Pero es que ¿acaso no es lo mismo?

Se podría concluir que el *interés legítimo* es un "tipo específico de derecho subjetivo" que se ocupa de la "tutela abstracta de la legalidad". Si así fuera, ¿qué impedimento jurídico, axiológico o formal existiría para decir que el *derecho subjetivo* es un "tipo genérico de interés legítimo" que se ocupa de la "tutela concreta de la legalidad"? Creemos que ninguno. Precisamente, ello nos prueba que la tutela *concreta* —de siempre— implica de suyo propio la tutela *abstracta*. En tanto la defensa de una situación individual comprende la general de la legalidad toda.

b) ¿Legitimación procesal o legitimación sustancial?

En la década de 1930, bajo la influencia de los procesalistas italianos, los conceptos básicos del derecho formal giraban alrededor de la idea de "acción". Corrientes más modernas reemplazaron la idea de acción por la de "legitimación". Ahora bien, acción es dinamismo, legitimación es situación. La primera es objetiva, la segunda subjetiva. La evolución de la ciencia del derecho ha desembocado en un desplazamiento del centro de interés procesal: *de lo real y objetivo a lo subjetivo y personal*.

La "situación subjetiva" no es un mero requisito formal de admisibilidad de la *demanda*, sino de la *pretensión*, en oportunidad de la sentencia, como legitimación *sustantiva* que determina el alcance "reparatorio" y/o "anulatorio" del pronunciamiento judicial final. Para la admisión procesal preliminar (*demanda*) basta la mera invocación de la titularidad de la situación subjetiva, no la realidad de la misma, la cual por pertenecer al fondo de la cuestión se revelará con la sustanciación y prueba.⁴²

42 VIVANCOS, Eduardo, *Las Causas de Inadmisibilidad del Recurso Contencioso Administrativo*, Barcelona, 1963.

VIDAL PERDOMO, Jaime, *La Justicia Administrativa en Colombia*, Colegio del Rosario, Bogotá, Colombia, p. 9. Indica que: "la invocación de normas de índole civil y administrativo como título de legitimación para intentar la acción de plena jurisdicción le confiere a ésta una ancha puerta de entrada; se evita así la discusión sobre los derechos subjetivos y el mero interés jurídico que puede ser dispendiosa. El criterio resulta práctico, pues no será difícil catalogar a las normas por su origen, finalidad o contenido, como civiles o administrativos".

"En la doctrina procesal moderna la legitimación tiene un significado concreto. Así como la capacidad —llamada *legitimitio ad processum*— implica la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, la legitimación, llamada también *legitimitio ad causam*, implica la aptitud de ser parte en un proceso concreto. Tal aptitud viene determinada por la posición en que se encuentre respecto de la pretensión procesal. Sólo las personas que se encuentren en determinada relación con la pretensión pueden ser parte en el proceso en que la misma se deduce. Por tanto, esta idoneidad específica se deriva de la relación jurídica debatida en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más íntimamente ligado con el derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal".⁴³

c) ¿Legitimación abierta, cerrada o mixta?

¿Qué sentido tiene el requisito de la legitimación? Se dice: *evitar un exceso de recursos que abrumaría a los tribunales*. Pero tal explicación no resulta convincente ya que, legitimado o no, *nadie pleitea por el simple ocio de gastar su tiempo y dinero en abogados y procuradores*. Quien recurre, con todos los inconvenientes que ello apareja, es porque tiene un auténtico interés general.

No es exacto que la barrera de la legitimación ahorre trabajo a los tribunales, antes al contrario: con la mitad de la agudeza que gastan los jueces en buscar argumentos para declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de un recurso, podrían muy bien, en gran parte de los casos, resolver el *fondo del asunto*. También es sabido que, dado lo rutinario de su invocación y la necesidad de su respuesta, casi todas las sentencias van precedidas de algún considerando dedicado a la legitimación, que sería perfectamente superfluo de no existir tal causa de inadmisibilidad.

Por descontado que, suprimidas las trabas legitimadoras con la legitimación abierta, pueden aflorar los abusos, pero tal posibilidad no puede ser esgrimida seriamente como obstáculo a la *acción*

43 GONZALEZ PEREZ, Jesús, *La Legitimación Activa en el Proceso Administrativo*, "Revista de Derecho Procesal", 1956, N° 2, p. 552.

LADARIA CALDENTEY, J., *Legitimación y Apariencia Jurídica*, Barcelona, Editorial Bosch, 1952, p. 11-12. Nos dice: "Legitimación es el reconocimiento que jurídico, derivando dicha posibilidad de una determinada relación existente entre hace el Derecho a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto el sujeto agente y el objeto del mismo".

popular (uno de sus modelos procesales), ya que existen remedios adecuados y eficaces para limitar tales excesos: desde la prosecución del proceso, al margen de un eventual desistimiento, hasta una peculiar condena en costas.⁴⁴

El secreto de la legitimación no es una *cuestión técnica sino política*, pues nadie puede negar la significación democrática de la acción popular,⁴⁵ como modelo procesal de la *abierta* legitimación moderna.

Entre la cerrada legitimación tradicional y la ausencia total de la misma, que implica la acción popular, se ha generalizado la legitimación mixta o colectiva y, en su caso, corporativa, recogida en nuestro derecho a través de asociaciones profesionales y cuerpos intermedios, que nunca pueden entenderse como sustitutorios de la legitimación individual indiscriminada.

La legitimación es la facultad de excitar la actividad jurisdiccional y obtener una protección efectiva frente a una Administración absorta y atareada. Muy pronto será realidad lo que hoy se viene llamando "futurología": tema como la polución o la degradación del medio ambiental, la aglomeración urbana, la circulación, la ecología, las áreas industriales, el urbanismo, merecen una profunda reconsideración a la luz de los *derechos e intereses de los ciudadanos*,⁴⁶ requiriéndose una apertura de la legitimación clásica para asegurar la protección subjetiva ante las modernas formas públicas lesivas. El proceso de coerción y limitación de éstas es irreversible, como lo demuestra la experiencia.

Lo que interesa, en la realidad vital del derecho, es la protección de los individuos (frente a una Administración cada vez

44 NIETO, Alejandro, *Prólogo al Libro de Sánchez Isac*, El interés Directo en los Derechos Español y Francés, I.E.A.L., Madrid, 1977, p. 19-20.

45 FERNANDEZ de VELASCO, Ricardo, *La Acción Popular en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1920, ps. 70-73.

46 "Este concepto (de legitimación) ha simplificado extraordinariamente la doctrina procesal administrativa, al establecer una acción contencioso administrativa general".

COSCULLUELA MONTANER, J., *Acción Pública en Materia Urbanística*, R.A.P., Madrid, N° 71, p. 20.

GARCIA DE ENTERRIA, *Sobre los Derechos Públicos Subjetivos*, cit. Menos aún la legitimación es un tema básico del Derecho Administrativo. La legitimación hace el fondo de la cuestión, en materia contencioso-administrativa, no es sólo una cuestión procesal. Está anclada en el campo del Derecho sustantivo. La visión de la legitimación como elemento del proceso es absolutamente lícita y necesaria.

más activa y beligerante) pues, si queremos sobrevivir, debemos defender las *máximas garantías* individuales, dentro de una *máxima eficacia* administrativa⁴⁷.

18. *Jerarquía entre las situaciones subjetivas.* —

a) *Gradación procesal.* —

Normalmente, los juristas y la legislación señalan una gradación procesal de las situaciones subjetivas. Por la *intensidad tutelar* se ubica primero el derecho subjetivo, luego el interés legítimo y finalmente el interés simple.

En rigor, como ya indicamos, esta tripartita división no tiene entidad sustantiva. Todas ellas y muchas otras *se reconducen con criterio unitario al "derecho subjetivo"*, omnicompreensivo de los poderes sustantivos y remedios adjetivos de que dispone el administrado. La división sólo se explica por accidentes políticos o histórico-jurídicos, pero sin "ratio essendi", es decir, sin lógica.

De todos modos, a nuestro pesar, el realismo muestra hasta hoy a las situaciones subjetivas en un espectro plural, que sólo sirve para debilitarlas. Cada una de ellas sólo se ocupa de rescatar "entidad óntica", en desmedro de la otra y así sucesivamente. Agravado el supuesto, cuando la "entidad" es conferida por doctrinas y jurisprudencias cambiantes, que han fijado "vías procesales pétreas" para cada situación subjetiva. Con ello, cualquier equívoco del camino procesal echa por tierra la senda transitada (en lo formal) y la propia situación subjetiva (en lo sustancial).

b) *Gradación sustancial.* —

Por otra parte, la gradación que se hace no es exacta en términos de "justicia distributiva" o deberes públicos prestaciones. El "interés simple", el de cualquier ciudadano, es más importante que el "derecho subjetivo público" de sólo algunos administrados. La mayor significación del interés simple está dada por razones de *cantidad y calidad*. No sólo porque "cuantitativamente" es el "interés de todos" (no de unos o algunos), sino porque *cualitativamente* en él están comprendidos todos los intereses públicos y la salvaguarda de la propia *legalidad*, que implica la tutela de "inte-

47 NIETO, Alejandro, cit., p. 61

reses particulares", restablecidos con la restauración del orden jurídico violado.⁴⁸

La jerarquía tradicional de las situaciones subjetivas está enfocada en perspectiva "prestacional conmutativa" y desde un ángulo exclusivamente procesal. Pensamos que a la "luz distributiva" y con perspectivas públicas sustanciales la conclusión es otra.

En una comunidad ideal se deberá hacer del llamado "recurso de anulación" una especie de "actio popularis", ya que cualquier ciudadano tiene o debe tener, al menos, interés en el mantenimiento del derecho objetivo en sí mismo, sin esperar encontrarse en una situación especial de relación con la norma violada.

El área protegida, inicialmente limitada a los clásicos derechos subjetivos en sentido estricto, se ha ampliado mucho con la inclusión de los llamados intereses directos, privilegiándose un interés cualquiera con el útil predicado de derecho subjetivo. García de Enterría⁴⁹ detecta junto a los supuestos típicos tradicionales de derechos subjetivos, la figura específica de los derechos subjetivos "reaccionales o impugnatorios". Estos operan cuando el administrado ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal. En este supuesto, el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado como garantía de la libertad, le inviste con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses. Supuesto que "permite que los particulares fiscalicen la totalidad de la legalidad administrativa, y no sólo la franja minúscula que entra en juego en la vida jurídico-administrativa a propósito del tráfico de los derechos subjetivos activos de corte tradicional".

19. El interés colectivo.

Con la "unificación subjetiva", la dogmática del derecho administrativo ha dado, ciertamente, un paso de gigante, pero en nada ha mejorado con ello la protección de los ciudadanos que no pertenecen al club de los titulares de derechos subjetivos ni, por

48 NIETO, Alejandro, *La Vocación del Derecho Administrativo en Nuestro Tiempo*, R.A.P. Madrid, N° 76, p. 26.
VILLEY, cit., p. 99.

49 GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre los Derechos Públicos Subjetivos*, Revista Española de Derecho Administrativo, N° 6, 1975.

tanto, "se hace justificable en su plenitud toda la actuación administrativa". Siguen quedando fuera del control judicial las actividades de la Administración que, aun siendo ilegales, no afectan la esfera vital de interés de un administrado.

a) Legitimación de los intereses supraindividuales.

¿Por qué unos intereses adquieren el rango de derechos subjetivos y por qué otros son simples y otros directos? Es forzoso reconocer que ni la jurisprudencia ni la doctrina han podido reducir a esquemas lógicos y seguros los criterios de "selección de intereses".

En substancia, se protegen los intereses "personales y directos", es decir los *individuales*, marginando así los *intereses colectivos*, o sea los que el ciudadano tiene en cuanto miembro de una comunidad.

Debe legitimarse el "interés competitivo", el "profesional", "por razón de vecindad", el "interés colectivo".

Debe protegerse no sólo al *individuo* sino también al *grupo*, a la *colectividad*, al *núcleo social*. Lamentablemente, en la estructura procesal actual el panorama tutelar de los *intereses colectivos* es muy pobre. Cabe esperar que se amplíe la protección a *todos* los intereses, máxime cuando con "interés público" se encuentra genérica para todos aquellos intereses, no sólo individuales. Interés público que es el primer interesado en el *respeto del derecho objetivo y la conservación del orden público*.

Interés público que trasciende la órbita de lo individual y alcanza el ámbito colectivo. Las infracciones administrativas se muestran no sólo como una lesión de situaciones de los administrados, sino como entorpeciendo la buena y recta administración. Cuando la jurisdicción procesal administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no menoscaba su prestigio y eficacia sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimenta la autoridad pública.

b) La acción popular.

La acción de la Administración Pública afecta a todos los ciudadanos y no sólo a unos individuos o a algunos grupos. La

"individualización personal" de las acciones en materia de Administración Pública, es una contradicción no sólo jurídica sino hasta semántica, que sólo puede explicarse por herencias acrílicas del derecho privado.

Los inconvenientes eventuales de un *sistema de legitimación abierto* —al mundo de la acción popular— pueden contrarrestarse eficazmente con una adecuada imposición de costas o de sanciones penales contra los extorsionistas.

En el caso de que exista un interés directo, ¿vamos a resignarnos a admitir que sus efectos se agoten en el nivel procesal y que no tengan nunca influencia sobre el fondo del asunto? Evidentemente, cuando éste haya de resolverse con arreglo a puros criterios normativos (hay infracción —o no— del ordenamiento jurídico), entonces es claro que con el criterio tradicional el interés del recurrente no puede influir sobre la sentencia, ya que ésta está decidiendo sobre derechos y no sobre intereses.⁵⁰

La Administración no tiene el monopolio de la definición de los intereses públicos y generales y, por lo mismo, los colectivos y hasta los privados, si no tiene en cuenta, por lo que a estos últimos se refiere, la indeterminación de fronteras entre unos intereses y otros.⁵¹

Si el *contrainteres* invocado por el recurrente es de *naturaleza pública*, parece muy justificable la intervención judicial porque puede suceder que el interés invocado por la Administración, en su favor, no sea propiamente un interés público, aunque con esta etiqueta pretenda encubrirse, con lo cual nos encontraríamos con un conflicto planteado entre intereses del mismo grado.

Situación que también puede darse cuando el recurrente invoca, por su parte, otros interés colectivo o público que se enfrenta al de la Administración, puesto que la Administración no tiene ni constitucional ni legalmente el *monopolio* de la constatación, declaración y defensa de los intereses públicos.

50 NIETO, Alejandro, Prólogo al Libro de Jaime Sánchez Isac, *El Interés Directo en los Derechos Español y Francés*, cit. p. 31 y ss.

51 Ampliar en DE LA MORENA y DE LA MORENA Luis, *Los Fines del Interés Público como "Causa" y como "Límite" de la Competencia y como "Medio" y "Medida" de Control Jurídico*, en R.A.P., Madrid, 1978, N° 85, p. 151 y ss.

c) *Indefensión del interés público.*

¿Qué pasa con el interés individual o comunitario o colectivo, ante la inactividad material de la Administración?⁵² ¿Cómo tutelar el interés para que se regulen las conductas particulares ajenas y que la Administración *haga cumplir las disposiciones sobre las mismas*? Ya no se trata sólo de exigir que la Administración cumpla sus prestaciones debidas, sino que *los demás ciudadanos se atengan a las normas que les obligan a una determinada conducta*, por ejemplo mantenimiento de precios. En estos casos, el individuo no puede imponer directamente el cumplimiento de las normas ni tampoco es real que se dirija contra el incumplidor. Pero tiene interés en ello y por lo tanto debe recurrir a la Administración, que es responsable del cumplimiento. Como no es ni un derecho subjetivo ni un interés directo, no tiene otra solución que la *denuncia*, lo que parece un remedio procesal demasiado modesto para defenderse de actividades lesivas como las referidas.

Por lo demás, las exigencias legitimadoras han llegado a tales *extremos de rigurosidad* que *niegan al ciudadano su capacidad genérica para poner en conocimiento de la Administración determinadas infracciones legales*. La Ley de Procedimiento Administrativo reconoce expresamente la *reclamación* en queja y las iniciativas y reclamaciones en general. Esta línea se corona con el *solemne "derecho de petición"*.

Es el caso en que se denuncia el incumplimiento del Estado. Por ejemplo en la prestación de un servicio público, o el incumplimiento por parte de otro particular (no concesionario) de normas reglamentadoras de la prestación de servicios privados.

20. *Conclusión y caracterización.*

En conclusión, creemos que el fenómeno jurídico del derecho subjetivo se caracteriza por ser:

a) *Unitario.*

En la medida que "histórica", "formal" y "sustancialmente" no tiene sentido la distinción tripartita de las situaciones subjetivas

52 NIETO, Alejandro, *La Inactividad de la Administración y el Recurso Contencioso Administrativo*, en R.A.P. N° 37, Madrid, 1962.

vas. El derecho subjetivo es uno y único, siempre en cabeza de individuos para la defensa propia y ajena, individual o social, pues "reparación y/o anulación" traducen un efecto a la "subjetividad" y a la "objetividad" jurídica. *Se restablece la unidad* dogmática del objeto *protegido por la acción* procesal. Ya no parece esencial la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos puesto que todos, en rigor, pertenecen a este grupo. Debe otorgarse el importante título de derecho subjetivo a los que tradicionalmente venían denominándose intereses legítimos.

b) *Sustantivo.*

En cuanto deriva del reconocimiento de situaciones excluyentes para sí y para la legalidad toda, que la propia legalidad confiere al individuo. En los procesos y procedimientos administrativos y judiciales constituye un presupuesto de fondo que alude a la *legitimación "material"*, concreta, sustanciada y probada.

c) *Normativo primario.*

Porque traduce jurídicamente el equivalente político de la libertad pública. Los derechos subjetivos *son siempre libertades públicas*, en sentido amplio, "constitucionalizadas", "reconocidas" u "otorgadas", según los casos, pero de arraigo supra legal. "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe". Parece ser el mandamiento constitucional primario del Estado de Derecho. La legalidad administrativa garantiza la libertad, reconociendo la misma en el obrar práctico *a través de la técnica del "derecho subjetivo"*. La primera forma de derecho subjetivo se presenta como libertad, que comprende el poder jurídico concreto para su propio resguardo. Ambos son anteriores al Estado. De todos modos, la mejor forma de garantizar los derechos y libertades consiste en incorporarlos a la Constitución para evitar la derogación o alteración por el procedimiento legislativo ordinario.

Esta noción es de importancia fundamental en el derecho público. Los capítulos constitucionales dedicados a las *garantías ciudadanas no son sino un catálogo de derechos subjetivos que los ciudadanos pueden invocar contra el poder público* (los llamados "derechos humanos", desde los tradicionales que intentan proteger la

integridad moral, jurídica y física del individuo, hasta los más modernos, de carácter "social", como los derechos al bienestar, a la educación, al descanso, etc.).

En mérito a la particular significación de los derechos subjetivos, es misión del *legislador*: reconocerlos, protegerlos y limitarlos del *juez*: declararlos del *abogado*: defenderlos y del *jurista*: describirlos.

d) *Potestativo.*

Siempre implica la contrapartida de un "deber"; la exigencia de un cumplimiento como carga jurídica impuesta a otro. Cuando ese otro, que tiene que dar, hacer o no hacer es el Estado o una entidad asimilada se habla de "derechos subjetivos públicos".

e) *Limitado.*

Los derechos subjetivos limitan la autonomía del imperium del Estado (soberanía restringida). Sólo de hombres libres se forma el Estado; sin embargo estos derechos que no son absolutos pueden ser reglamentados y limitados en su contenido, mientras ello no implique su desconocimiento.

f) *Irrenunciable.*

Estado de derecho significa sumisión del Estado a las leyes, pero no a cualquier tipo de leyes, sino a una especial: las llamadas *leyes de libertad*. Por ello los derechos subjetivos como exteriorización de la libertad, así como no pueden ser "desconocidos" por el Estado, no pueden ser "renunciados" por los individuos. No son renunciables aquellos derechos instituidos en resguardo de otros derechos, como son los vinculados con el estatuto personal de la libertad (C.S.N., "Guzmán", Fallos 279-283).

En el ámbito jurisdiccional parece inadmisibles, desde luego, la concepción del interés directo, sea individual o corporativo, como un requisito legitimador. La superación de esta idea no debe limitarse sólo a *reconocer al interés directo la calidad de derecho subjetivo, sino que debe avanzar en una línea doble: la eliminación pura y simple de las trabas formales legitimadoras* pero establecien-

do mecanismos procesales correctores contra terceros detractores del interés público.

No estamos con Duguit, negando enérgicamente la existencia de las categorías jurídicas subjetivas, que consideraba el derecho subjetivo como una falsa y artificial construcción jurídica.⁵³ Compartimos la opinión de Barthélemy ayer y de García de Enterría hoy, negando la diferencia esencial entre derecho subjetivo e intereses legítimos y buscando la unificación de todas las categorías en la fórmula unitaria "derecho subjetivo" que merecen siempre protección integral y amplia. O hay protección o no la hay. Todo lo demás es verbalismo. ¿A qué vienen, entonces, estas sutiles distinciones entre derecho subjetivo e interés legítimo?

PROYECTO DE INTERPRETACION SOBRE LA JURISDICCION AGRARIA EN COSTA RICA

(Necesidad, justificación y límites)*

Prof. Anabelle Porras Zúñiga

Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Instituto de Investigaciones Jurídicas

53 DUGUIT, León, *Traité de Droit Constitutionnel*, ob. cit. ps.200-315.

* Nota: este trabajo es parte de una investigación más amplia sobre este tema, efectuada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho.

El 7 de agosto de 1975, el órgano Ejecutivo presentó a conocimiento del Plenario de la Asamblea Legislativa el Proyecto N° 7308 "Ley de Ordenamiento Agrario y Desarrollo Rural".¹ El 20 de agosto de ese mismo año, a nivel de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración de la Asamblea Legislativa, se inició el estudio del mencionado Proyecto. Esta Comisión acordó el día 21 de ese mismo mes y para efectos de discusión, estudio y tramitación, dividirlo en tres partes. Estas corresponden a tres proyectos distintos e independientes entre sí, que se conocen con los nombres de: a) Transformación del Instituto de Tierras y Colonización (ITCO) en Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) que comprende los títulos del primero al cuarto del Proyecto original. b) Creación de la Jurisdicción Agraria, que abarca desde el Título décimo primero hasta el Título décimo tercero de aquel mismo Proyecto. c) Ley de Ordenamiento y Reforma Agraria que comprende del citado Proyecto desde el Título quinto hasta el Título décimo.

La presentación a la Asamblea Legislativa de los Proyectos número 7744, 7745 y 7746, suspendió, el 4 de febrero de 1977, la discusión del Proyecto N° 7308.

El 4 de febrero de 1978, la Comisión Permanente de Gobierno y Administración de la Asamblea Legislativa empezó a discutir el Proyecto N° 7745 "Creación de la Jurisdicción Agraria", y emitió un Dictamen Afirmativo de Mayoría en 1978.²

El proyecto de análisis consta de un preámbulo, tres títulos, dieciocho capítulos, 85 artículos, un transitorio primero y un transitorio segundo.

El Título Primero trata de la organización y competencia de los tribunales agrarios. Contiene seis capítulos que en su orden se refieren a la jurisdicción agraria, a los juzgados agrarios, al Tribunal Superior Agrario, a la jurisdicción y competencias, a los impedimentos, excusas y recusaciones, y a las partes.

¹ Publicado en La Gaceta N° 129 de 18 de agosto, 1975.

² Proyecto "Creación de la Jurisdicción Agraria" N° 7745, publicado en el Alcance N° 52 de La Gaceta N° 61, miércoles 29 de marzo de 1978.

El *Título Segundo* consta de nueve capítulos. Se refieren respectivamente, a los procedimientos, a los actos prejudiciales, a la acumulación de acciones y de autos, a la demanda, contestación y reconvencción, a las defensas previas, al juicio verbal, a la sentencia de los recursos, y a la ejecución de sentencias.

El *Título Tercero* comprende tres capítulos y los dos transitorios citados. Tratan de la expropiación, de las demasías y del trámite de otros asuntos de conocimiento de los Tribunales.

El *Transitorio primero* señala que los juzgados agrarios deben establecerse, con preferencia, en las circunscripciones judiciales en que sean más frecuentes los conflictos de tierras, e indica a quien corresponde conocer de los asuntos que pertenezcan a la jurisdicción agraria, mientras no se establezcan los juzgados agrarios.

El *Transitorio segundo* establece que las informaciones posesorias administrativas pendientes de trámite a la fecha de publicación de esta ley se continuarán tramitando ante el Tribunal Agrario del caso.

Como se puede apreciar, la forma jurídica de la reglamentación del proyecto "Creación de la Jurisdicción Agraria" reúne los requisitos que corrientemente exige la presentación de todo proyecto.

En cuanto al contenido objetivo del mismo, como ideas principales y novedosas, contiene: el impulso procesal de oficio como principio general del procedimiento, cuyo propósito es disminuir la duración de los juicios; se otorga a las partes la facultad de acudir al tribunal a presentar sus gestiones verbalmente, a fin de evitar formulismos y hacer las diligencias más económicas; se dispone además que los procesos se tramitarán en papel común "... con el propósito de que nadie se quede sin pedir justicia ...",³ y se establecen procesos especiales como el de expropiación en el que se innova en la materia, así como el llamado de "demasías".⁴

Actualmente, el Proyecto en cuestión se encuentra archivado de acuerdo con el artículo 99 del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.⁵

3 Ibid. Preámbulo cuarto par.

4 Ibid. Último par.

5 Información obtenida de la oficina de la Comisión de Estudios Sociales de la Asamblea Legislativa en visita hecha el día 16 de febrero de 1979.

El Proyecto "Creación de la Jurisdicción Agraria" presentado en 1977 por la Administración Oduber no altera las estructuras agrarias en Costa Rica, aunque, en apariencia, los supuestos de la jurisdicción se presentan en el proyecto "Creación de la Jurisdicción Agraria" (que en adelante se seguirá llamando el Proyecto) como un esfuerzo para captar la realidad de las actuales estructuras agrarias concretas del país y prever los medios para una apreciación objetiva de los conflictos de intereses⁶ que la controversia (competencia de los tribunales agrarios) supone, porque, el mover aquellos supuestos, la intervención de estos tribunales (última manifestación del poder del Estado) sólo introduce modificaciones formales, y en consecuencia no expresa los intereses de los sectores campesinos ni obreros agrícolas de escasos recursos económicos, dadas las desventajosas condiciones económico-sociales en que los mismos se presentarían ante los Tribunales Agrarios a discutir los conflictos de intereses.

La afirmación anterior se basa en que la actividad de esos tribunales agrarios se apoya fundamentalmente en el impulso procesal de oficio, como principio general del procedimiento, cuya aplicabilidad se pretende asegurar (en el Proyecto) con la oralidad en la etapa del proceso en la que se recibe verbalmente la demanda, contestación, pruebas, así como otras disposiciones del proceso. El legislador tuvo en mente garantizar la utilización de estos medios integrando tribunales agrarios con jueces especializados en el campo agrario, con sólidos conocimientos académicos y prácticos, de gran calidad humana, y conscientes de la problemática agraria del país,⁷ y además, obligando al juez a desplazarse al lugar de los hechos, "... lo que le permite recoger *in situ*, los elementos más idóneos para la Declaración del Derecho",⁸ o de enfrentar la verdad legal que fluye de la realidad de los hechos a la realidad social. "Ello significa dentro del criterio tradicional, que el juez debe ser un tercero, no comprometido con los intereses de las partes en conflicto, ya que lo mueve un interés superior de orden colectivo. Dicho carácter, inseparable de la condición de juez... debe referirse también a su situación social".

6 Se trata de intereses antagónicos, sea, los que se suscitan entre partes que pertenecen a clases sociales diferentes.

7 Preámbulo, Proyecto N° 7745, supra nota 3.

8 FIGALLO, Guillermo, Dr.: "El fuero privativo agrario peruano". (Ciclo de conferencias dictadas en la Corte Suprema de Justicia. IICA-PRAGA. Instituto de Tierras y Colonización. San José, Costa Rica, 27-28 de abril de 1973) p. 50.

El juez es un ser humano que participa de los sentimientos, simpatías o repulsiones del grupo social al que pertenece, de lo que... (históricamente) no puede desvincularse aunque pretenda honestamente proceder con objetividad. Por consiguiente, no es razonable exigir que un juez que "pertenezca" a la clase terrateniente aplique las normas legales... con arreglo a los principios que ordenan el sistema del latifundio".⁹ También, porque subyace el criterio de que el proceso civil común no satisface las necesidades elementales de la justicia procesal agraria, toda vez que parte del supuesto de la igualdad de las partes en los conflictos de intereses, los cuales ocultan la desigualdad de las condiciones económico-sociales entre campesinos y agricultores de escasos recursos económicos y "latifundistas"; pues, como se dijo, se trata de intereses opuestos, conflictos antagónicos o conflictos entre clases sociales, de manera que el principio de igualdad ante la ley se queda a nivel de mera ficción legal.

Obsérvese, sin embargo, que el proyecto "Creación de la Jurisdicción Agraria", por su fundamentación ideológica, aparece como un avance, primero, porque garantiza la justicia procesal agraria mediante el principio de oralidad cuya funcionalidad se justifica con la existencia del impulso procesal de oficio que asegura el avance del proceso, y la economía procesal que evita la lentitud, los formalismos y disminuye el costo del proceso. Además, la introducción de la oralidad en el proceso agrario es importante, ya que el juez agrario de manera directa y en el lugar de los hechos, puede percibir directamente la prueba testimonial y "... recoger *in situ* los elementos más idóneos para la declaración del Derecho",¹⁰ lo que constituye un avance en nuestra legislación, aunque está establecida en el Proyecto citado en forma optativa. Segundo, el establecimiento de tribunales especializados en materia agraria representa la posibilidad de mejorar la administración de justicia y de lograr una mayor eficacia de los órganos judiciales, al poner en marcha un proceso rápido, económico y sencillo como el agrario, y en apariencia más acorde con las exigencias sociales del país; lo cual podría originar una jurisprudencia y doctrina propias. Tercero, también parece constituir un avance porque intenta armonizar las relaciones entre las leyes agrarias de fondo y la legislación agraria

⁹ Ibid, p. 50.

¹⁰ FIGALLO, Guillermo, Dr.: "El fuero privativo agrario peruano".
Supra nota 8.

procesal buscando su funcionalidad. El mismo legislador admite, que el "... procedimiento que se adoptó en el Proyecto, es sencillo y conocido y difiere muy poco del proceso común, salvo en la eliminación de algunos trámites que se consideran innecesarios y en la supresión de formalidades...";¹¹ todo lo cual se presenta como un paso adelante.

Todo este formalismo legal no favorece al campesino, ya que "... en lo agrario siempre está en juego el interés social, por lo que no puede serle aplicable los principios, que según el proceso civil, corresponden al procedimiento en que sólo está en juego el interés privado".¹²

No se está, en consecuencia, frente a un cambio esencial de la jurisdicción toda vez que "... una modificación importante del agro... (costarricense) conlleva una serie de consecuencias que, en alguna forma, afecta los intereses y la situación de otros sectores socio-económicos, y a las estructuras de dominación y administración político-estatales".¹³ Es decir, el "nuevo" procedimiento no altera las estructuras. Una variación de las estructuras agrarias supondría, en todo caso, un cambio en las características de la producción costarricense, lo cual se reflejaría necesariamente en una legislación sobre jurisdicción agraria acorde con sus necesidades concretas.

Por otra parte, en el momento de administrar justicia, las aspiraciones del legislador (de integrar los tribunales con jueces especializados en Derecho Agrario, identificados con los problemas agrarios del país y con grandes conocimientos académicos y prácticos sobre la solución de esos problemas) se logra sólo a nivel del Tribunal Superior Agrario, ya que para ser miembro del mismo, entre otros requisitos se exige "... haber obtenido una especialización en Derecho Agrario o contar con experiencia mayor de tres años en la enseñanza o en la práctica de esa rama del Derecho..."¹⁴, exigencia que el legislador no prevee para los juzgados agrarios, la sala de casación, ni la defensa Pública. Respecto de la sala de

¹¹ Art. 27, Proyecto N° 7745 supra nota 3.

¹² FIGALLO, Guillermo, Dr.: "El fuero privativo agrario peruano".
Supra nota 5, p. 52.

¹³ MURILLO, Miguel Angel. "Quince Años de Producción Agropecuaria en Costa Rica". 1956-1970. San José, 13 de marzo de 1972.

¹⁴ Art. 11 inc. d) Proyecto N° 7745 supra nota 3.

casación, argumentó el legislador en las discusiones preliminares del citado Proyecto en la Asamblea Legislativa, simplemente, que la creación de la misma implicaría un aumento del número de magistrados y por consiguiente una reforma constitucional. En el caso de los Defensores Públicos (el juez, autorizado por la norma, podrá, a juicio del Tribunal y a petición del accionado, delegar la defensa de campesinos de escasos recursos económicos a un miembro del cuerpo de Defensores Públicos) parece haber olvidado el legislador por completo los requisitos dichos.

Y no se cumple del todo en la práctica ese deseo del legislador, cuando dentro de la misma elaboración normativa se permite a los Tribunales "...delegar la práctica de diligencias probatorias, precautorias e incluso de ejecución de sentencias, en otras autoridades que administren justicia de inferior categoría cuando lo sean de su territorio, o en otros funcionarios judiciales de igual o de inferior categoría de lugares situados fuera de su jurisdicción".¹⁵

Es claro que es un sofisma garantizar la justicia procesal agraria pretendiendo contar con la especialización de todos los jueces agrarios, lo cual no es posible que se lleve a cabo en razón de los intereses de los grupos dominantes que operan a través de los órganos de gobierno.

La idea de que los tribunales agrarios estén integrados por jueces especializados en la materia, identificados con los problemas agrarios del país y con grandes conocimientos académicos y prácticos sobre la solución de esos problemas, la complementa el legislador obligando al juez a desplazarse al lugar de los hechos, única oportunidad para éste, de enfrentar la verdad legal con la realidad de los hechos; lo que le ayudará no sólo a conocer la problemática agraria del país, sino a tener siempre en mente el interés social en sus resoluciones.

Tampoco logra el legislador concretar su propósito al ordenar que la comparecencia y diligencias como la inspección ocular o estudios de campo que requieren la participación de perito se practiquen en el lugar de los hechos "*Siempre que fuere posible realizar el juicio verbal en el predio afectado por el conflicto...*"¹⁶

15 Art. 15, Proyecto N° 7745 supra nota 3.

16 Ibidem art. 48.

Cabe entonces inferir (siguiendo la tradición costarricense dentro de la que, la tendencia que domina es la que los jueces en Costa Rica, solo excepcionalmente, no han sido jueces de escritorio) de acuerdo con la norma, que difícilmente un juez agrario, y menos un juez superior agrario, se desplazará a celebrar el juicio verbal y hacer justicia en el lugar del conflicto, de no estar claramente obligado por la norma. La ambigüedad de la redacción por parte del legislador deja la disposición sin efectividad y contenido material. Innovación que resulta meramente formal, toda vez que el desplazamiento al lugar de los hechos no garantiza por sí sola la justicia en la resolución de los conflictos de intereses.

Se señaló ya que la jurisdicción agraria se creará para conocer y resolver intereses contrapuestos y que se pretende garantizar la justicia procesal agraria o principio de igualdad, estableciendo como principio general del procedimiento, el impulso procesal de oficio, y mediante una innovación, "...la oralidad del proceso, entendida ésta como la facultad que tienen las partes de acudir al tribunal a presentar sus gestiones (demanda, contestación y otras) verbalmente para que sean recogidas en actas, para que no se vean constreñidas y presentar esas gestiones con formalismos que no vienen al caso y que encarecen mucho estos asuntos",¹⁷ y además, disponiendo "...que los procesos se tramitarán en papel común, con el propósito de que nadie se quede sin la oportunidad de pedir justicia por no tener medios para pagar el papel sellado".¹⁸ Estos principios se reafirman en el Proyecto, fundamentalmente en los artículos veintiséis y veintisiete que transcribimos en lo conducente, dada su importancia.

"Art. 26.—En los juicios y actos prejudiciales de conocimiento de los Tribunales agrarios, se litigará en papel común con exención de toda clase de timbres, y no habrá obligación de rendir ninguna garantía ni de hacer ningún depósito, salvo las exenciones dichas en la ley. El procedimiento será esencialmente verbal y, en virtud del impulso procesal de oficio, los Tribunales estarán facultados para conducir su tramitación sin necesidad de gestión de partes...".

17 Proyecto N° 7745 supra nota 3. Preámbulo.

18 Ibidem.

“Artículo 27.—No obstante que las partes podrán formular sus gestiones, peticiones o alegatos en forma oral, mediante comparecencia en el Despacho o con motivo del juicio verbal y demás diligencias que se practiquen dentro del juicio, podrán igualmente hacerlo por escrito, sin necesidad de acompañar copias. No se exigirá tampoco a las partes la presentación de copias de los documentos presentados...”.

Obsérvese que los beneficios contemplados en las normas transcritas son beneficios que se conceden (la ley es general) a ambas partes. Resulta entonces sutil, por parte del legislador, señalar que tratándose de campesinos y de agricultores de escasos recursos económicos, la demanda y la contestación puede ser interpuesta y contestada, respectivamente, en forma verbal.¹⁹ Así como cuando habla de “...juicios con participación de campesinos a quienes se les haya concedido los beneficios contemplados en el artículo 27...”²⁰ dando la impresión de que esas normas benefician exclusivamente a los campesinos y a los agricultores de escasos recursos económicos. Con lo cual oculta que los verdaderos beneficios siguen siendo las partes que sí cuentan con recursos económico-sociales. Porque la realidad de los campesinos y de los agricultores de escasos recursos económicos es que tienen un bajo nivel de subsistencia; en general no saben leer ni escribir, de manera que su desventaja sigue siendo la misma, sea el juicio oral o escrito. Es claro que la ventaja de litigar en papel común y no pagar papel sellado los beneficia, pero de ninguna manera esta disposición equilibra las condiciones económico-sociales de las partes. Ya se afirmó, que las estructuras sociales agrarias no se alteran con las ideas novedosas establecidas en el Proyecto.

Se examina, enseguida, el Título Tercero del Proyecto “De los Procedimientos Especiales”, que trata de la expropiación y de las demasías en los capítulos primero y segundo respectivamente.

En lo tocante a la expropiación, desde la Constitución de la República Federal de Centroamérica de 1824,²¹ el Estado “limita”

19 Arts. 38 segundo par. y 40 último par. Proyecto N° 7745, supra nota 3.

20 Ibidem arts. 56 y 62.

21 Constitución de la República Federal de Centroamérica de 1824, Título XI, art. 175, inc. 4.

legalmente en el país la propiedad privada con la cual esta Institución garantiza precisamente dicha propiedad ya que se trata de un Estado intervencionista. En Costa Rica, es competencia del organismo estatal, la facultad expropiatoria así como la declaratoria de interés social de la expropiación. Ambas facultades son ejercidas por el Estado representado por el Organismo Ejecutivo al que se solicita decreto la expropiación, y por el Organismo Legislativo que hace la declaratoria de interés público. En el Proyecto de estudio, corresponde al Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) —que también representa al organismo estatal—, dictar una resolución mediante la cual se pide al Organismo Ejecutivo el decreto de expropiación.

Ahora bien, para el Derecho Agrario en Costa Rica, la expropiación es una limitación de interés social que se hace al derecho absoluto de propiedad privada, con el propósito de disminuir las diferencias que existen entre la gran propiedad y la pequeña propiedad. Este propósito se reafirma en la Ley de Tierras y Colonización (ITCO), al señalar ésta entre sus objetivos “Evitar la concentración de tierras nacionales en manos de quienes las utilicen para especulación y explotación en perjuicio de intereses de la Nación. Las tierras en manos de esos intereses deben volver al Estado en la forma que determinan la Constitución y la Ley”,²² y cuando dispone que “El Instituto de Tierras y Colonización procurará evitar el minifundio y la fragmentación agrícola irracional de la propiedad...”²³ Sin embargo, como se dirá oportunamente al tratar de las demasías, las normas dichas resultan disfuncionales por contener, esa elaboración normativa, disposiciones que las hacen perder su eficacia.

En el Proyecto de análisis, el poder del Estado de expropiar aparece disciplinado en quince artículos ninguno de los cuales introduce un trámite especialmente novedoso.

Respecto a las demandas, en 1961, la Ley del ITCO* o Ley Agraria en Costa Rica estableció, como deber de la Junta Directiva del ITCO, la obligación de ordenar un estudio de las fincas inscritas con cabida superior a mil hectáreas, a fin de constatar si

22 Ley de Tierras y Colonización N° 2825 de 14 de octubre 1961. Art. 1° inc. 5.

23 Ibidem art. 5.

* ITCO: Instituto de Tierras y Colonización.

las cabidas inscritas corresponden a las cantidades de tierra poseídas en la realidad, y distingue dos situaciones: a) De comprobarse cualquier exceso, si la totalidad del inmueble estuviere cultivada o dedicada a funciones ganaderas, el propietario tendrá derecho a rectificar en un cuarenta por ciento su medida. Así por ejemplo, si al propietario de 4.000 hectáreas se le comprobara un exceso, podría inscribir en el Registro Público 1.600 hectáreas, o sea el 40% por concepto de rectificación de medida, con lo que pasaría a ser propietario de 5.600 hectáreas. Obsérvese que el 40% dicho tiene mayor significado en la medida que aumenta el tamaño de la finca. b) Si la tierra correspondiente al exceso estuviere inculca, el Instituto de Tierras y Colonización dictará una resolución ordenando se inscriba dicho exceso a nombre del ITCO, resolución que se cumple con intervención de la Procuraduría General de la República.²⁴ El contenido de esta disposición se apoya en la presunción relativa de que los terrenos no inscritos pertenecen al Estado en carácter de reservas nacionales, mientras no se pruebe lo contrario.²⁵

Nótese, que, a diferencia de la Ley del ITCO, el proyecto "Creación de la Jurisdicción Agraria" dispone en el primer caso (terreno cultivado o dedicado a explotación ganadera), que se valoren las mejores ejecutadas por el propietario en la tierra indebidamente apropiada. Para ello, se previene al dueño para que designe a un perito que, en asocio del que sea designado por el Instituto Agrario (IDA), hagan la valoración dicha. En el segundo caso (cuando el exceso de tierras se encuentre sin cultivar o no fuere objeto de explotación ganadera), tanto la Ley del ITCO como el Proyecto prevén sin más trámite la inscripción de la demasía en el Registro Público ya sea a nombre del ITCO o del IDA respectivamente.

La diferencia, como se puede apreciar, consiste en que de acuerdo con la Ley del ITCO, el propietario puede rectificar en un cuarenta por ciento su medida, rectificación que se hace con la intervención del Gerente del ITCO, mientras que el Proyecto establece el pago de mejoras con base en un peritazgo. Con base en lo que ha quedado expuesto, obsérvese que tanto el procedimiento contenido en la Ley del ITCO, como el establecido en el Proyecto,

24 Ley N° 2825 de 14 de octubre de 1961, art. 30 inc. 20 p. a y b.

25 *Ibidem* art. 11.

no sólo no altera la estructura agraria, sino que ocultan y fortalecen la excesiva concentración de la tierra en pocas manos que origina el latifundio. Sin embargo, es necesario reconocer, aunque su diferencia no sea sustancial, que el procedimiento establecido en el Proyecto, aunque conserva el latifundio, es más avanzado, toda vez que no fomenta, como sí lo hace la Ley del ITCO, la concentración de tierras en pocas manos, al permitir una rectificación de medida de un cuarenta por ciento en fincas de cabida superior a mil hectáreas. Porcentaje que aumenta su significado en la medida que crece el tamaño de la finca, como lo vimos en el ejemplo de las 4.000 hectáreas en que el latifundista puede agregar a su latifundio 1.600 hectáreas más por concepto de rectificación del 40%.

La demasía no es, como se pretende, un procedimiento especial, es una relación social llamada expresamente en el Proyecto apropiación indebida de tierras de las reservas nacionales,²⁶ y que en la realidad se manifiesta en la tierra acaparada por el latifundista que excede el área inscrita en fincas de más de mil hectáreas. Cabe preguntarse entonces, por qué compensar al latifundista con una rectificación de un 40% de su medida o con una indemnización por concepto de mejoras ¿Acaso no se ha venido enriqueciendo indebidamente? Lo esencial, sin embargo, son las implicaciones políticas y sociales que fundamentalmente conllevan el acaparamiento de tierras en pocas manos. "Aun cuando... (un latifundio, visto desde el punto de vista económico), estuviese explotado, el simple hecho de pertenecer a una sola persona (natural o jurídica) o a una sola familia implica no sólo una injusticia social sino también un fuerte obstáculo a la justa distribución del ingreso nacional y por tanto a cualquier posibilidad de lograr el desarrollo económico".²⁷ Es con base en estas mismas razones que al hablar de la expropiación se afirmó que la Ley del ITCO al establecer que "Todas las tierras de propiedad de una persona natural o jurídica que excedan de los límites fijados para el latifundio, serán expropiadas..."²⁸ y que los latifundios que constituyan explotaciones ejemplares desde el punto de vista técnico, económico o por la magnitud de las mejoras hechas, no son expropiables,²⁹ hace ine-

26 Proyecto N° 7745 art. 78. inc. a supra nota 3.

27 MENJIVAR, Rafael: *Reforma Agraria* (Guatemala-Bolivia-Cuba), Editorial Universitaria de El Salvador, San Salvador, 1969, 2a. edición.

(28) Ley N° 2825 de 14 de octubre 1961, art. 141.

ficaces las normas en que esa misma Ley establece que debe evitarse el latifundio y el minifundio. Ahora bien, de la misma manera, el pago de mejoras o una rectificación de medida cualquiera sea el porcentaje que se establezca en superficies mayores de mil hectáreas sirve para conservar y promover, respectivamente, uno de los problemas centrales que deforman y han venido deformando la estructura agraria costarricense, o sea la concentración de la tierra en pocas manos o latifundio.

Para concluir, el Proyecto sólo prevee la inscripción de las demasías en el Registro Público una vez comprobadas. Lo que no prevee es el destino que ha de darse a esas demasías por parte del IDA (previsión que tampoco hace la Ley del ITCO) lo cual podría convertir al Instituto Agrario, cualquiera sea su nombre, en el gran latifundista.

LA POTESTAD DE INVESTIGACION DEL PODER LEGISLATIVO

Prof. Elvira Batalla

Asesora Parlamentaria

Con el fin de que el Poder Legislativo pueda ejercer su función de control sobre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, el Poder Legislativo debe tener la facultad de investigar a los funcionarios públicos que ocupan cargos de confianza y a los miembros de la Corte Suprema de Justicia. Esta facultad de investigación es una de las facultades que le confiere el artículo 151 de la Constitución Política de Costa Rica, promulgada el 7 de noviembre de 1949.

La facultad de investigación del Poder Legislativo es una facultad que corresponde al órgano legislativo, con carácter de facultad de control sobre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Esta facultad de investigación es una de las facultades que le confiere el artículo 151 de la Constitución Política de Costa Rica.

La facultad de investigación del Poder Legislativo es una facultad que corresponde al órgano legislativo, con carácter de facultad de control sobre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Esta facultad de investigación es una de las facultades que le confiere el artículo 151 de la Constitución Política de Costa Rica.

Antecedentes

Con motivo de la solicitud formulada al Departamento de Servicios Técnicos por el señor Presidente de la Comisión Especial Investigadora que nombró la Asamblea Legislativa para conocer del asunto referente al yate "El Tortero", procedimos a realizar el estudio correspondiente. Concretamente la petición al Departamento, por parte del Diputado Gerardo Bolaños, Presidente de la citada Comisión, fue dirigida para que se esclareciera si la participación de la Asamblea en el conocimiento de un asunto que había trascendido al ámbito de la opinión pública al informarlo la prensa y otros medios de comunicación colectiva —y de especial interés por la manifestación que en uno de los diarios nacionales hizo la Corte en su oportunidad— constituía un acto lesivo al principio que consagra la división de Poderes, como lo afirmó la Corte Suprema de Justicia en el documento que envió al Poder Legislativo, con fecha 8 de noviembre de 1978.

Luego del análisis pertinente concluimos que el estudio debía dirigirse en última instancia a la determinación de la potestad fiscalizadora de la actividad pública que, conforme a la Constitución, corresponde al órgano legislativo, aún cuando resultara indispensable entrar en consideraciones sobre el significado que en nuestro sistema constitucional, tiene el principio de la separación de Poderes.

La división de Poderes, tiene en el plano constitucional costarricense, el sentido dado por Montesquieu, sea de medio para la protección de ciertos valores establecidos en diversos preceptos de la Constitución y, que entendido en esta forma no afecta la organización técnico-jurídica de los órganos del Estado. En nuestro caso, las disposiciones correspondientes para asegurar tal principio fueron dictadas en un período de especial desconfianza al Poder Ejecutivo y de gran reconocimiento al prestigio del Poder Judicial. Como tal era la atmósfera que prevalecía, en el ánimo de los constituyentes hizo eco, al discutirse la conveniencia de incorporar en el texto constitucional el veto judicial —institución que se consideró como una intromisión del Poder Judicial en la función por ex-

celencia del Poder Legislativo— que la inclusión era pertinente precisamente porque la llamada “serenidad del Poder Judicial” se había operado al reducirse al cumplimiento de sus típicas funciones y, como se señaló, “éste no debe inmiscuirse en otros asuntos que no son los suyos. Es un Poder llamado tan sólo a aplicar las leyes”.¹

Pronunciamiento

La interpretación del texto constitucional no se produce, como señala la Corte Suprema de Justicia, a partir de la distinción entre normas generales y normas especiales. Ha de darse la interpretación de la Constitución a raíz de la exigencia de distinguir las normas esenciales, por ello fundamentales, intangibles, pétreas, o como quiera que las denomine la doctrina, y aquellas normas dirigidas a la organización de las instituciones que establecen las primeras determinando la estructura del Estado, conforme al régimen político que decida darse para su gobierno la sociedad. Cuando éstas tienen constituciones que responden al sistema que se inspira en la Democracia Clásica, las disposiciones persiguen la finalidad de limitar la autoridad de sus gobernantes y así también garantizar a los ciudadanos sus derechos y libertades más significativos.

El contenido del artículo 9º de la Constitución costarricense ofrece una muestra clara de lo que se entiende por normas esenciales, al disponer la forma de gobierno del Estado y el principio de división de poderes a fin que se limite a sí mismo y de protección al disfrute de los derechos consagrados en el documento constitucional. Representan una ejemplificación de lo que son normas orgánicas las disposiciones de los Títulos de la Constitución que se refieren a las atribuciones de los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Tribunal Supremo de Elecciones. Estas permiten el funcionamiento del Estado, conforme a la estructura que aquellas normas fundamentales establecen.

La interpretación de los preceptos constitucionales obliga a la remisión de los principios jurídicos en su evolución, para que los primeros cobren su verdadero sentido. El principio de la división de poderes, en el significado aristotélico, —y que aparentemente acoge la Corte Suprema de Justicia al dirigir su dictamen a

¹ Acta N° 73 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, Tomo II, Imprenta Nacional, San José, 1952.

la Asamblea Legislativa— se refiere a un tipo de organización que se dio en las comunidades griegas gobernadas por una asamblea general, un cuerpo de Magistrados y el cuerpo o departamento judicial. “En todo caso, y como ha observado Rehm, Aristóteles atiende meramente a consideraciones de índole formal, sin significación material ninguna, y está muy lejos de su ánimo pensar que por este procedimiento se eviten riesgos para la libertad ciudadana mediante el desdoblamiento del poder. O, como sugiere Saint-Girons, en Aristóteles, como en todos los escritores anteriores a Montesquieu, la distinción de los tres poderes se combina con el mantenimiento de su confusión.”²

El verdadero significado del principio de división de poderes, a partir de 1748 cuando Montesquieu expone su teoría, no se refiere a la división de funciones y actividades a realizar por los órganos supremos del Estado, sino que en su esencia es una afirmación de estricto alcance político “con la pretensión de garantizar un régimen de libertades mediante el desdoblamiento del poder y el recíproco freno de los organismos en que la autoridad estatal suprema se desmembra”.³ Este es el sentido que recoge nuestra Constitución, de la cual, como señala el tratadista nacional Mario Alberto Jiménez, “es la Carta del 49, en la colección de nuestras constituciones, la que más realiza la preocupación de crear un mecanismo de frenos, pesos y contrapesos, como dirían los clásicos de la materia”.⁴

Desde luego el concepto ha evolucionado y en la actualidad se considera que en la doctrina de Montesquieu predomina lo negativo, el sentido de impedimento, la idea de “estorbo”, “sin tener en cuenta que lo primario y principal ha de ser la colaboración, premisa previa para cualquier régimen de vida digna, e incluso de razonable libertad ciudadana”.⁵ Sin embargo, el sistema de frenos y contrapesos para el ejercicio de los Poderes públicos, tiene como fin dar unidad a la organización del Estado y uno de los mecanismos dispuestos para tales propósitos es la fiscalización de la actividad pública a cargo de alguno de los Poderes.

² Pérez Serrano, Nicolás. “Tratado de Derecho Político”, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1976, pág. 370.

³ Op. cit. pág. 369.

⁴ Jiménez, Mario Alberto, “Obras Completas”, Biblioteca de Autores Costarricenses, T. II, San José, C.R., 1959, p. 257.

⁵ Pérez Serrano, Nicolás, Op. cit., p. 381.

Corresponde a la Asamblea Legislativa la función fiscalizadora mediante las comisiones de investigación. Al presentar la fracción Social Demócrata la moción para incluir tal autorización en el texto constitucional (inciso 23 del artículo 121), el Diputado Fernando Fournier Acuña explicó los alcances de la disposición, y al efecto dijo: "el sistema de comisiones no es nada nuevo en los cuerpos legislativos de Costa Rica. Sin embargo el propósito que persigue la moción es darle en el futuro mayor vitalidad e importancia. Es necesario que las comisiones parlamentarias se interesen por los problemas nacionales, lo que dará mayores oportunidades a la democracia costarricense".⁶

Sobre el inciso 23 del artículo 121, Mario Alberto Jiménez, en una época en que todavía no se tenía ninguna experiencia en cuanto al funcionamiento de tal instituto de investigación, y a pesar de las opiniones a favor y en contra del mismo, señala: "Esta regla no necesita exégesis; es clarísima por sí misma: significa que el Legislativo no está aislado, que para él no existen fosos ni cortinas, que para formarse su criterio tiene una jurisdicción indagatoria ilimitada sobre funcionarios y particulares, en fin, que es la primera potencia investigadora del país. Wilson lo ha dicho muy bien: "el Congreso es el único cuerpo que tiene motivo fundado para informarse, y es también el único cuerpo que tiene la facultad de sacar partido para el bien del país de las cosas que aprende. La prensa es simplemente curiosa o bien defiende un partido. El pueblo está disperso y desorganizado. Pero el Congreso es, por decirlo así, el pueblo constituido, el intérprete de su voluntad. Es la sola delegación soberana que puede hacer preguntas con dignidad, porque tiene la autoridad y el poder de obrar".⁷

Las Comisiones parlamentarias de investigación tienen el propósito de "acopiar antecedentes para el conocimiento, y enjuiciamiento, en su caso, de un asunto o servicio, o de una conducta ministerial, incluso como cuasi-sumario previo para una acusación en regla; sirven para escudriñar minuciosamente y recoger materiales de interés. Sus escollos están precisamente en los razonamientos con otros Poderes o en invasiones de la esfera ciudadana; el choque con los Tribunales es casi inevitable, aunque no vaya a fiscalizarse

⁶ Acta N° 68 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, Tomo II, Imprenta Nacional, San José, 1952, p. 131.

⁷ Jiménez, Mario Alberto, Op. cit., p. 271.

propriadamente su actuación, porque la Comisión actúa como los Jueces instructores; a su vez el Ejecutivo se resiente, porque se obliga a declarar a sus funcionarios, se les exige el envío de expedientes, etc., y en cuanto a los particulares, se ven constreñidos a comparecer y a deponer como testigos o peritos, y acaso a ser detenidos o molestados en otra forma".⁸ Estas Comisiones se ocupan de asuntos trascendentales y su función termina al votarse el correspondiente dictamen.

La competencia parlamentaria en el período de sesiones extraordinarias

La distribución de competencias que introdujeron los constituyentes del cuarenta y nueve en el sistema jurídico costarricense tiende al equilibrio de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo, órganos que están llamados a cumplir la función gubernamental mediante un control recíproco, conforme se entiende modernamente el principio de la división de poderes. El artículo 118 de la Constitución es uno de los más importantes para el sostenimiento del sistema, precisamente porque sienta principios de organización institucional. Sin embargo, el texto del numeral 118 despierta la inquietud de considerarlo como una disposición dirigida a restringir las atribuciones que competen a la Asamblea Legislativa cuando ella se halle en el período de sesiones extraordinarias, época en que el derecho de iniciativa de la ley lo tiene exclusivamente el Poder Ejecutivo. Esta segunda interpretación encuentra su fundamento en la lectura literal del citado artículo, con vista de la excepción que contiene la norma que obliga al órgano legislativo a realizar la elección de funcionarios que le corresponda, a pesar de estar impedida de tratar materias distintas a las expresadas en el decreto de convocatoria del Ejecutivo. El verdadero significado del artículo 118 se encuentra en sus antecedentes.

Al darse las regulaciones sobre el derecho de iniciativa de la ley, la Asamblea Nacional Constituyente, debido a una moción de la fracción Social Demócrata aprobó el texto de uno de los artículos del Proyecto de Constitución Política de la Segunda República de Costa Rica, elaborado por la Comisión Técnica Redactora, creada al efecto por Decreto N° 19 de 20 de mayo de 1948. Ese artículo

⁸ Pérez Serrano, Op. cit., p. 814.

lo, el 180 del documento, desechado ya por los contituyentes, es el que consigna la Constitución vigente bajo el número 118.

En la exposición de motivos del Proyecto, los miembros de la Comisión manifestaron: "Reformamos el período de sesiones ordinarias y lo dividimos en dos: uno que se iniciará el 1º de mayo y otro el 15 de setiembre de cada año. Cada período será de tres meses y en esta forma los Diputados disfrutarán durante mayor tiempo de la iniciativa de las leyes y podrán, si las circunstancias lo requieren, proponer *medidas legislativas* que de otro modo no se cristalizarían, a no ser con el consentimiento del Poder Ejecutivo, durante el período de las sesiones extraordinarias"⁹ (El subrayado es nuestro).

Gran dominio técnico de la materia y de los términos parlamentarios denota este párrafo de la exposición. Es indudable que los redactores del texto señalaron claramente que durante los períodos ordinarios los Diputados tienen el derecho de "proposición" de la ley, derecho que no les corresponde en los períodos extraordinarios, puesto que en éstos sólo el Ejecutivo tiene el derecho de presentar "proyectos" de ley.¹⁰ Es a la materia legislativa, —a la que corresponde la iniciativa de la ley—, y no a otras que son propias de cada una de las distintas funciones de la Asamblea Legislativa, a lo que se refiere el artículo 118 de la Constitución. No resulta tan afortunada la redacción dada al artículo 118 que al hacer la salvedad para el nombramiento de funcionarios no distingue sin embargo entre materia o contenido de una función y la función misma. En todo caso esta norma armoniza con el texto del proyecto del cual procede, y no con el articulado de la Constitución del 49 que tiene diversos orígenes.

Entre las innovaciones que contiene la actual Constitución, y que también proceden del Proyecto que produjo la Comisión, se encuentran las que se refieren a otras importantes funciones de la

⁹ Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1951, Tomo I, p. 631.

¹⁰ En el "Diccionario de Términos Electorales y Parlamentarios", José María Gil-Robles y Nicolás Pérez-Serrano, en relación con la Iniciativa Legislativa, señalan: Es el derecho a proponer la ley. Sus sujetos pueden variar a lo largo del tiempo; no obstante, lo corriente es que sólo el Gobierno y las Cámaras tengan derecho a iniciar la ley. Si es el Gobierno quien tiene la iniciativa, el documento se denomina proyecto de ley; por el contrario, si proviene de la Cámara, el título que recibe es proposición de ley. Ambos tienen características y tramitación diferentes...". Taurus Ediciones, S.A., Madrid, 1977, p. 133.

Asamblea y que responden al propósito de "sustituir, hasta donde ello es posible, el sistema personalista de nuestra política por un régimen institucional, que garantice mayor estabilidad...".¹¹

Así los redactores expresaron: "En el capítulo referente a las atribuciones de la Asamblea introdujimos algunas variantes, en relación con la Constitución de 1871, que consideramos conveniente y suprimimos ciertas disposiciones que, a nuestro juicio, salían sobrando. Modificamos el capítulo de la formación de las leyes y dejamos claro todo el procedimiento del veto presidencial. Dimos a los Diputados la facultad de formular votos de censura contra los Ministros de Gobierno, reglamentamos el ejercicio de esa atribución y señalamos las consecuencias de la misma. Obligamos a los Diputados a analizar los mensajes del Presidente y de los Ministros de Gobierno y a pronunciarse sobre ellos, y dimos amplios derechos a los miembros de las comisiones parlamentarias para investigar y estudiar en las esferas gubernativas los asuntos que les encomiende la Asamblea. Queremos que la Asamblea se convierta en un verdadero cuerpo deliberante, con fisonomía bien definida y responsabilidad propias, para que tanto individualmente como en conjunto ese Poder de la República se prestigie cada días más, no sólo por la calidad de las personas que lo integren sino por las funciones que le corresponda desempeñar".¹²

El instituto de la iniciativa de la ley y el principio de la separación de poderes están tan indisolublemente unidos por formar parte de un mismo sistema, que en el Derecho Político necesariamente han de estudiarse conjuntamente. Al postulado de la separación de poderes se le da en la doctrina tres interpretaciones básicamente: la presidencialista, la parlamentaria y la que responde al sistema directorial, sin perjuicio que se den aplicaciones mixtas que relativizan el principio a su aspecto institucional "en la medida que redistribuye los poderes entre varios órganos para conseguir una mayor estabilidad del Ejecutivo".¹³

La interpretación presidencialista, cuyo modelo es la Constitución norteamericana de 1787, cuenta entre sus notas características con la participación del Presidente en la legislación, por el

¹¹ Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, p. 619.

¹² Ibidem, p. 632.

¹³ Lucas Verdú, Pablo, "Curso de Derecho Político", Editorial Tecnos, 2a. Edición, revisada, Vol. II, Madrid, 1976. p. 139.

derecho que éste tiene de proponer la ley. A esta interpretación responde nuestro sistema, con la variante que el goce de este derecho corresponde al Ejecutivo, conforme lo señala la Constitución en los artículos 118 y 140 en su inciso 5.

Varias críticas se hacen al principio dogmático de la separación de poderes, entre otras que éste no responde a la realidad política contemporánea y al respecto Pierre Pactet señala que el alcance de tal postulado se reduce a la independencia necesaria de la autoridad judicial y "la auténtica división de poderes no consiste entre el poder de hacer la ley y el de ejecutarla, sino entre el poder gubernamental de decidir y actuar, y, la libertad en favor de las asambleas parlamentarias de controlar y criticar. La limitación del poder reside en el reconocimiento de la oposición, de la contestación libre y en la afirmación de los derechos individuales".¹⁴

La competencia legislativa que atribuyen al correspondiente Poder varios artículos de la Constitución no se encuentra en razón del artículo 118 restringida, excepto en lo que se refiere propiamente a la materia legislativa durante el período de sesiones extraordinarias; pero inclusive en esta época el legislador puede proponer reformas legales, (entendiéndose éstas en sentido amplio, sea cual sea su rango, por ejemplo reformar el Reglamento de la Asamblea), a condición que "fueren indispensables al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento", conforme lo indica el párrafo final de tal artículo.

Por lo expuesto concluimos que el artículo 118 debe ser interpretado como una disposición que se dirige a establecer principios de organización jurídica para el equilibrio de poderes entre los supremos órganos del Estado y no a la restricción de la competencia legislativa para ejercitar sus funciones.

¹⁴ *Ibidem*, p. 144.

EL PROLETARIADO Y LA PROPIEDAD COMUNITARIA

Dr. Lino Rodríguez - Arias Bustamante

Profesor Titular Investigador Coordinador
de la Universidad de Los Andes
(Mérida, Venezuela).

Es comprensible que los que vivimos imbuidos de una concepción espiritual de la vida nos angustie el ver que millones de individuos viven en la animalidad y en la indigencia mientras unos pocos —hablando comparativamente— se regodean en la superanimalidad y en la estulticia; pues no encontramos mejores palabras para calificar a estos últimos que avarientamente se afanan día y noche en atesorar riquezas —¿para qué?— con la mayor frialdad y cálculo y sin pensar ni siquiera por un instante, que el "capital" es uno de los elementos necesarios de la producción (el más importante es el trabajo organizado), pero puestos ambos al servicio de la felicidad humana. Porque no cabe quedarse exclusivamente en el plano de la especulación cuando nos referimos a estos temas ya que ellos inciden directamente en la vida cotidiana y afectan los más caros sentimientos del hombre que, fundamentalmente, es un "ser de esperanza" con la mirada vagando en el espacio en el deseo de descubrir cada noche la estrella de sus ensueños y su destino.

Luego, para un cristiano, todas estas cosas del mundo, que tanto afectan al ser humano, cobran una doble dimensión por tener conciencia de un sentido trascendente de la vida. Pues el cristianismo es eminentemente vivencial, como nos diría Miguel de Unamuno. Es por eso, que el filósofo panameño Diego Domínguez Caballero, tomando como diáfana imagen explicativa el Sermón de la Montaña, ha dicho que la posición cristiana se encuentra sintetizada en dos afirmaciones: 1^a Existe Dios; y 2^a Todo hombre es mi hermano. La primera apunta a lo personal; la segunda a lo social. Esto significa en la práctica, que debemos tratar que todo hombre viva decentemente desde el punto de vista material y espiritual, para lo cual no debemos obsesionarnos en acumular riquezas sino en servirnos de ellas para ayudar a nuestros semejantes. Ya que nada nos llevaremos consigo al morir, por cuanto que somos hombres viajeros que transitamos por la tierra hacia nuestro destino que está en la vida sobrenatural, pero, sin embargo, tenemos que luchar en este mundo por la implantación de la justicia social.¹

¹ "Ser cristiano en Panamá", *Revista Senda*, Panamá, 1978, N° 30 p. 12.

Además, hay algo muy de sentido común, que fue para Kafka una justificación real de su existencia: "No harás nada sin los otros",² lo cual es natural que así sea por el hecho de que vivimos en sociedad y, por lo tanto, tenemos cosas comunes de que ocuparnos. El error viene consistiendo en que algunos hombres se pasan de listos y creen que pueden hacer las cosas "a costa" de los demás, dejando a un lado el mensaje evangélico de la hermandad humana. Acaso por ello es que Kafka insiste con nostalgia en la idea de comunión, cuando afirma: "No es en el individuo, sino en el coro, donde puede radicar una cierta verdad".³ Y prestemos atención a que él nos habla de la figura de un "coro", donde se da la sublimidad espiritual de la persona humana bajo la dirección de la batuta de un director, para evitar la desarmonía y el desconcierto, siempre con el pensamiento puesto en aras de una creatividad superior para solaz y enriquecimiento artístico de los hombres, mediante un llamamiento a sus sentimientos más notables y más exquisitos.

De aquí, que este panorama vital se ensombrece cuando se comprueba que la sociedad actual se encuentra organizada de acuerdo a patrones que son la negación y la mutilación de estos grandes ideales. Ya que, como ha expresado Luis Herrera Campins, ni en la sociedad colectivista, de corte totalitario; ni en la capitalista, de corte liberal, se garantizan al hombre las condiciones propicias para que pueda desarrollar su personalidad y potencialidad como persona, y vivir en el clima de dignidad a que lo llama su propia condición humana. ¿Por qué? Pues simplemente debido a que en uno y otro sistema predomina el "hecho económico", como factor determinante de las relaciones sociales. En consecuencia, es necesario marchar hacia nuevas formas de sociedad, en las cuales se pueda lograr la liberación social, dentro del mayor respeto a la dignidad humana.⁴

Y es que, desgraciadamente, tanto uno como otro sistema tienen sus ojos puestos en la "manipulación social del hombre", que le reduce a la más grosera de las esclavitudes, no tan sólo porque le desposee de lo que le es más propio y característico (su inteli-

2 Agustín Basalve F. del Valle, *La cosmovisión de Franz Kafka*, México, Ed. Jus, 1977, p. 190.

3 *Ibidem*, p. cit.

4 Alfredo Peña, *Conversaciones con Luis Herrera Campins*, Caracas, Ed. Ateneo, 1978, pp. 89-90.

gencia, su libertad y su conciencia), sino también por el hecho de que no abarca a individuos aislados y, por el contrario, se extiende al conjunto social, lo cual constituye una patente inmoralidad.⁵ Nada tiene, pues, de extraño que nos hallamos abismados en la profunda crisis que actualmente asola al mundo, porque se están incumpliendo las reglas de juego morales de la convivencia, lo cual afecta a las fibras más íntimas del ser humano, que anda sin saber a qué atenerse confundido por las mismas contradicciones internas que existen entre los bloques en el poder (contradicciones en el seno mismo del capital monopolista, entre éste y el capital no monopolista, entre el capital industrial y el capital bancario y comercial, etc.). Aparte no hay que perder de vista las condiciones actuales de la internacionalización del capital, que ha llevado a las multinacionales en connivencia con las burguesías nacionales al dominio económico a través de la hegemonía del aparato estatal, lo cual nos ha planteado una crisis político-ideológica que reviste características estructurales.⁶

Más uno no puede sorprenderse que estos sean los resultados de esta máquina infernal productiva —a un lado y otro de la Cortina de Hierro, cuando el régimen de la sociedad está estructurado sobre el egoísmo y la agresividad del ser humano, sin pensar que éste constituye un ente integral en el que destaca su sentido espiritual. Por eso la loca carrera de la productividad en que están empeñados tanto el Occidente como el Oriente, alcanza grandes metas de desarrollo económico pero, a la vez, pocos avances en el progreso moral. Y es que todo el aparato productivo sigue montado sobre el concepto del proletariado, agudo descubrimiento que hizo Carlos Marx y que, sin embargo, tiene entronque en la famosa expresión aristotélica de que unos hombres nacen para mandar y otros para obedecer, es decir, que unos nacen libres y otros esclavos.

Se comprende que este marginamiento de millones de hombres no puede a la postre producir buenos resultados, por cuanto que el ascenso del hombre a su perfección debía haberse intentado llevar a cabo gradualmente en consideración a todas sus facetas

5 José María Vigil, "La manipulación social, nueva esclavitud del hombre", *Revista Misión Abierta*, Madrid, 1978, N° 5, pp. 46-47.

6 Nicos Poulantzas, "Les transformations actuelles de l'Etat, la crise politique et la crise de l'Etat", en *La crise de l'Etat*, París, Presses Universitaires de France, 1976, pp. 50-51.

humanas (egoísta y altruísta) y no como se ha hecho, desorbitando exclusivamente su egoísmo, con lo cual se ha estimulado su agresividad frente al otro hombre, se ha desencadenado una lucha de clases aniquiladora. Entonces, nada tiene de particular, que se haya producido —como señala Jean Matouk— lo que se denomina “la crisis del trabajo”, que conlleva al hastío por las tareas insípidas, la desaparición de la conciencia profesional, el absentismo; en una palabra, el rechazo del trabajo a los márgenes de la vida. Este antagonismo explota algunas veces en período próspero; estas son las huelgas llamadas “salvajes”, que traducen brutalmente la negación del trabajo “moderno”. Empero, tales situaciones conflictivas sobrevienen, por lo general, cuando el empleo es amenazado. El trabajador que, hasta aquí podía encontrar en el consumo una forma de compensación a un trabajo no querido, ve en estas épocas de crisis su empleo y, por consiguiente sus ingresos y su consumo, comprometidos. Entonces las huelgas largas y duras se suceden; y se producen la ocupación de las fábricas por los trabajadores amenazados de un despido colectivo. Estas ocupaciones duran a veces varios meses. Y se da la paradoja de que los trabajadores que se creían más moderados, más tímidos, mejor integrados al sistema, suelen mostrarse los más combativos. En pocas palabras, ellos no quieren nada con las empresas. ¿Cómo se explica este fenómeno? Pues porque la empresa es hoy el lugar principal de la alienación del trabajador, en cuanto se le reduce exclusivamente a la producción de bienes y servicios y, como contrapartida, a la distribución de beneficios que, en mayor parte, van a parar a los bolsillos del capitalista; pero, no se da en ella, un principio de solidaridad, una vida de comunicación humana, en la que el trabajador se sienta persona y vinculado afectivamente a su empresario.⁷

A este respecto, Francois Bloch-Lainé ha dicho, que lo más urgente para todas las naciones industrializadas del mundo occidental es mejorar las condiciones de trabajo, tanto materiales como morales. Esto es evidente, especialmente en las generaciones jóvenes, que tienen contacto mediante la televisión y la información general con lo que ocurre en el mundo, y, por lo tanto, con lo que hacen los demás. Porque los jóvenes de hoy no aceptan ser meros robots. Así, una de las huelgas del personal de la Renault

⁷ *La gauche peut l'entreprise*, París, Ed. Ramsay, 1977, pp 11, 12 y 218.

fue muy reveladora de lo que estamos hablando; se trataba de una huelga de jóvenes, dirigida a protestar no contra unas remuneraciones demasiado bajas, sino contra las condiciones reales de su trabajo.⁸

Y es que la condición del proletariado, aún cuando actualmente haya mejorado mucho por la presión de los sindicatos y por las luchas sociales, deja todavía bastante que desear. Es por eso que nos dice Emmanuel Mounier, que su trabajo es remunerado únicamente después de que el capital ha hecho amplios descuentos usuarios sobre los beneficios, y que ellos son los primeros sacrificados en caso de crisis. No tienen contacto con unos jefes con los que pudieran colaborar amistosamente. Alejados de toda participación en la gestión, no conocen la empresa. Acantonados en su especialidad por una división del trabajo no acompañada de una participación compensatoria en la administración del conjunto, ni siquiera tienen contacto con una verdadera obra. Apenas han arrancado algún ahorro a ese régimen, que lo reabsorbe por medio de sus parásitos. Despojados de todo lo que hace al hombre, y especialmente al hombre poseedor, extenuado por un trabajo que él ya no tiene razón de amar porque le es enteramente hostil o ajeno ¿cómo se pretende que ese proletariado no sea lanzado a la rebelión e incluso a ese materialismo que con harta frecuencia le reprochan quienes le han empujado al mismo con las dos manos? Porque el reinado del dinero es el único móvil del provecho personal ilimitado, que ha conducido a un régimen de usura, de guerra, de irresponsabilidad y de inmoralidad.⁹

Esta es al gran falla de la organización empresarial moderna. El empresario —que es un factor fundamental en la producción—, salvo honrosas excepciones, tan sólo ha pensado en su beneficio y le resulta difícil llegar a comprender que el trabajador es algo más que una mercancía sujeta al principio de la oferta y de la demanda, con lo que se mata en éste su esperanza de realizarse como persona por culpa de un “endurecimiento del corazón” por parte del capitalista. Se olvida que la racionalidad vital comprende tanto al pensamiento como a la emoción o al sentimiento. Cuantas

⁸ “Democracia en la empresa”, *Revista Actualidad Económica*, Madrid, 27 Mayo 1975, N° 897, p. 37.

⁹ “De la propiedad capitalista a la propiedad humana”, en *Obras*, 1931-1939, Barcelona, Ed. Laia, 1974, t. I, p. 540.

veces más que la subida de los salarios el trabajador está deseoso de los buenos días o de una sonrisa o de una palabra afable de su patrono. Porque él necesita afectividad, sentirse incorporado a la propia vida de la empresa. Ya nos decía Pascal: "El corazón tiene razones que la razón no comprende". Y es que, como nos dice Erich Fromm, la racionalidad respecto de la vida emocional significa que las emociones afirman y ayudan a la estructura síquica de la persona a mantener un equilibrio armónico a la vez que favorecen su desarrollo. Así, por ejemplo, el amor irracional es aquel que incrementa la dependencia del individuo y, por tanto, su angustia y hostilidad. El amor racional, en cambio, es un amor que relaciona íntimamente a una persona con otra y, al mismo tiempo, preserva su independencia e integridad.¹⁰

Por eso no hemos podido por menos de sonreír cuando Lord Hailscham, casi se escandaliza, por la enemiga que tiene hoy el sistema capitalista y la aceptación del marxismo, a pesar de sus errores históricos, teniendo en cuenta que a aquel sistema se le debe el gran progreso tecnológico de la sociedad, como consecuencia de la libre empresa y de la libre investigación científica.¹¹ Es verdad que, entre otras cosas, ha sido falsa la creencia de que la revolución surgiría primero en los países desarrollados, lo cual ha sido desaprobado por los acontecimientos; como que después de un corto tiempo de dictadura revolucionaria se alcanzaría la etapa del socialismo; como que el Estado se extinguiría y después vendría una sociedad en la cual cada individuo recibiría de acuerdo con sus necesidades y cada uno daría según sus capacidades. Por el contrario, al que visite los llamados países marxistas le impresionará el poderío del Estado y su intromisión en la vida privada de los individuos, sin que se dé la más ligerísima muestra de un cambio o una posible debilidad en esta fortaleza estatal. A pesar de todo esto la llamada del marxismo, particularmente en los países subdesarrollados sigue despertando el mismo entusiasmo que en la época en que Marx y Engels publicaron por primera vez su "Manifiesto Comunista" en el año 1848.¹²

10 *La revolución de la esperanza*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 49.

11 *The Dilema of Democracy. Diagnosis e Prescription*, London, Collins, 1978, p. 109.

12 *Ibidem*, p. 109.

El secreto de la aceptación del marxismo a estas alturas, tanto por parte de los individuos como de los pueblos, se debe a las posibilidades que ofrece de redención más que a la certidumbre de su doctrina, que ya en muchos aspectos se encuentra superada; no obstante sigue teniendo vigencia el principio de liberación humana. Para un mundo que, como ha dicho Radomiro Tomic, presenta cada día mayores desigualdades entre los países industrializados de alto desarrollo, por una parte, que con un cuarto de los habitantes de la tierra controlan el 80% de la producción mundial de bienes y servicios; el 93% de la producción industrial y de la exportación mundial de manufacturas; tres cuartos del comercio mundial y el 70% de la exportación de granos; el 99% de las patentes de industriales; el 95% de los científicos y el 98% de los recursos destinados a la investigación; el 96% de las reservas internacionales del sistema monetario internacional; el 98% de los medios de información de difusión internacional, etc., etc., mientras al otro lado del platillo, 114 países soberanos, con tres mil millones de habitantes, es decir, tres cuartas partes de la población del globo, solamente pueden disponer de los saldos, tanto para satisfacer sus necesidades básicas de hoy —alimentación, trabajo, vivienda, salud, escuela elemental— cuanto para ahorrar e invertir y ensanchar su base productiva para el futuro.¹³ Es natural que el marxismo sea una de las soluciones que se ofrecen a los hombres que viven con esperanzas de alcanzar una vida mejor a través de un cambio estructural de la actual sociedad.

De todos modos, hay quienes pensamos, que el marxismo en la versión que nos ofrece en la Unión Soviética y los países satélites, no presenta alicientes para una lucha liberadora del hombre, por cuanto que en éste prevalecen sus aspiraciones libertarias cuando alcanza un mínimo de condiciones para el mejoramiento de su vida. Entonces, como advierte Jacques Maritain, el proletariado de la civilización capitalista ha estado en posición de víctima y no se ha aprovechado de ella para explotar las fuerzas del hombre como una mercancía, circunstancia que le permite contener en sí las reservas morales intactas que le confieren una misión propia en el mundo nuevo. Por tal hecho el proletariado está en condiciones de proporcionar la base sociológica para cumplir la misión histórica de transformación de un régimen como el capitalista, que

13 "El actual orden económico internacional la mayor amenaza contra la paz del mundo", *El Universo*, Caracas, 9 de Enero de 1979.

únicamente está atento a proporcionarnos satisfacciones materiales olvidando que el hombre es, a la vez, carne y espíritu y, por lo tanto, son los principios del cristianismo los que pueden proporcionarnos los elementos para una nueva filosofía de la vida que estructure una sociedad humanista de profunda renovación social y de auténtica libertad.¹⁴

Así, todo nuestro empeño, debe dirigirse a reivindicar la dignidad de la figura del trabajador, para que deje de ser explotado y se le considere de igual a igual como persona humana que es; pero sin que jamás pierda su libertad. No podemos insuflar su corazón, alentando en él puras esperanzas de redención a través de la instauración de una Nueva Sociedad, para después someterle a otra tiranía bajo pretexto de que lo vamos a hacer feliz. Esto es lo que vino a ocurrir en la Revolución rusa, cuando los revolucionarios comunistas se percataron de que los trabajadores, una vez derrotado el régimen zarista, continuaban con los mismos "esquemas mentales" que sus antiguos amos, sin que se produjese en ellos una iniciativa espontánea para convertir la nueva empresa socialista en una fuerza motriz de la industrialización. Por eso se dice que el nuevo Estado ruso crea una planificación central en todos los campos de la economía, como un mecanismo gigantesco de cambio de la conciencia de trabajo de un país subdesarrollado, con métodos duros y crueles —como lo exige una dictadura del proletariado—, mas a la postre eficaces para provocar un nuevo tipo de economía dinámica.¹⁵

De acuerdo a nuestra línea de pensamiento, hay que tratar por todos los medios de elevar el nivel de vida de los trabajadores y ponerles en disposición de tener acceso a los bienes espirituales, culturales y económicos sin que se expongan al riesgo de perder su libertad personal; pues la Unión Soviética los tiene sometidos hace más de 60 años y no hay todavía esperanzas de que se les conceda la mayoría de edad política. Estamos conscientes de que vamos hacia un mundo en que cada vez va a predominar más lo social sobre lo individual, inclusive en aquellos regímenes políticos que siguen teniendo como su norte ideológico la salvaguardia de la persona humana. Porque se hace evidente que una sociedad en la

¹⁴ *Humanismo integral*, Buenos Aires, Ed. Lohlé, 1966, pp. 176, 177 y 179.

¹⁵ Lino Rodríguez-Arias B., *De la propiedad privada a la propiedad comunitaria*, Caracas, Ed. Monte Avila, 1971, pp 94-95.

que existen grandes desigualdades sociales, está siempre expuesta a las revoluciones y procesos de involución; empero, a la vez, hay que mantener enhiesta la "iniciativa particular", como medio de impulsar el progreso social que jamás podrá lograrse en un pueblo masificado de seres mostrencos. Quizás este procedimiento de avanzar sea más lento y, es cierto que en la sociedad actual, existen problemas de injusticia social que exigen soluciones rápidas y tajantes. Mas el progreso sin destruir responde a la ley de continuidad humana, ya que el hombre es producto de las generaciones precedentes.

En este sentido creemos conveniente que la "organización social del pueblo" presente dos vertientes: las "sociedades intermedias" de carácter administrativo-social (asociaciones vecinales, profesionales, sindicales, municipales, regionales, etc.) y las integrantes de la "economía de grupo", principalmente las cooperativas, la propiedad comunitaria y las sociedades autogestionarias. Así, al lado de la realidad administrativo-social se puede presentar la realidad económica, como ambas facetas de las "sociedades intermedias". Y al insertar a los trabajadores en estos organismos, como sus miembros activos y protagonistas, se consigue su desproletarización desde el momento que se les hace tomar conciencia de su libertad y de su responsabilidad social.

El ser humano responde a dos dimensiones antropológicas fundamentales: el instinto individual y el instinto social. Para decirlo con las palabras de Kant: "El hombre tiene una inclinación a socializarse porque en dicho estado se siente más hombre, es decir, porque puede desarrollar mejor sus atributos naturales. Pero tiene también una gran predisposición a aislarse."¹⁶ De esta manera comprobamos que ha sido un artificio de los regímenes capitalistas y marxistas tratar de construir la sociedad política, ora partiendo del individuo como hace aquella, ora partiendo de la colectividad como hace éste. Pues tal proceder no significa otra cosa que mutilar a la persona humana que nos presenta una faceta individual y otra social, que la expresa a través de los grupos que la ayudan a desarrollar plenamente su personalidad.

De aquí que al tomar el hombre conciencia de las comunidades que le rodean y a las cuales él tiene acceso para satisfacer

¹⁶ Cit. por Heleno Saña, *Sindicalismo y Autogestión*, Madrid, Ed. G. del Toro 1977, p. 10.

sus necesidades espirituales y materiales, se coloca en un nuevo plano de relaciones que trascienden al meramente personal. Nos situamos en el "plano institucional" que siempre hace referencia a grupos humanos que cumplen una finalidad social. Precisamente al participar en esta "comunidad humana de ideales", se establece una relación especial con los bienes que se caracterizan por su "despego" hacia ellos al tenor siguiente: 1º La cosa no está íntimamente vinculada a una persona determinada, por lo tanto, las personas, en sentido estricto, tan sólo pueden usarla; y 2º Los administradores de la cosa no disfrutan de más libertad que la establecida en el "estatuto legal" que regule su propiedad, puesto que más bien son sus "servidores".¹⁷

Ya enfocada la vida humana desde este doble ángulo individual y social, la enriquecemos notablemente porque estamos abarcándola integralmente con lo cual conseguimos su equilibrio, su ponderación y su medida. Entonces si entendemos que el hombre ha de poseer bienes para una "salvaguardia de su personalidad" y, por ende, para lograr una mejor calidad de vida, tendremos que la propiedad de estos bienes presentará —en terminología de Emmanuel Mounier— una doble función "personal y comunitaria"; pues la distinción "individual y social", según él, tiene el inconveniente de que la primera hace referencia a la reivindicación de la cosa, mientras que la segunda puede conllevar la opresión, ofreciéndonos cada una sentido de la fragmentación de la materia.¹⁸ De todos modos, con esta nueva visión de la vida se consigue desligar a la propiedad del concepto de la riqueza, ya que en el capitalismo se atesoran bienes para ser rico, cuando en una sociedad comunitaria los bienes se poseen en función de la comunidad, sin con ello desconocer su legítimo aprovechamiento por el que trabaja y tiene iniciativa para crear riqueza. Esta productividad puede alcanzarse por la vía personal o por la vía comunitaria, cuando se organizan personas colectivas basadas en la aglutinación de personas individuales responsables que realizarán un esfuerzo común que responde al "cuerpo vivo" que ellas han creado para la acción y la producción.¹⁹

De allí que a medida que se consiga sensibilizar más profundamente a la persona de su tendencia comunitaria logremos

17 Lino Rodríguez-Arias B., "De la propiedad Institucional a la propiedad comunitaria", en *Rev. Gral. de Legisl. y Jurisp.*, Madrid, Ed. Reus, 1970, Tomo LXI, pp 797-798.

—como expresa Rafael Caldera— eliminar barreras entre clases y sectores sociales y estimular a los hombres al esfuerzo común.²⁰ Tendremos que la propiedad dejará de ser un derecho de "exclusión" —lo mío no es tuyo—, para pasar a ser un derecho de "relación", la pertenencia en común de la cosa para realizar el bien común. Así podremos corregir los abusos que, como dice Heleno Saña, se han cometido en nombre de la "libertad económica", por cuanto que penetramos en una fase histórica en la que el capitalismo pierde cada día más derechos y la libertad económica se viene a articular a nuevas formas de organización y gestión, que responde a manera de socialización sin destruir el principio de la libertad.²¹ Nos veremos abocados, pues, a "colectivizar, pero sin estatizar", término que hemos empleado otras veces. Esto implica que la propiedad comunitaria funcione no según la lógica del capitalismo, ni bajo la dirección de los agentes estatales, sino que sus bienes sean puestos al servicio del interés general. Estas empresas no estarán en las manos de un sindicato o de un partido político sino de los propietarios que la constituyen.²²

Sin duda alguna que resultará muy beneficioso romper con las "sociedades cerradas" del capitalismo y del colectivismo que, de una u otra forma, tienen siempre sometida a la persona humana. Así se conseguirá instaurar una "propiedad o empresa pluralista", donde no tan sólo tendrán preeminencia el capital o los ejecutivos empresariales, sino que también todo el personal que la integra, los clientes y los consumidores para los cuales ella produce, y los ciudadanos contra los cuales ella no debe producir. En estos casos la empresa —sobre todo la gran empresa—, nos aparecerá —cualquiera que sea la estructura de su capital—, como una "institución" en la cual la conciencia del ciudadano y la del consumidor se mezclan constantemente a todos los niveles, a la del productor. Cuando Henry Ford construye su primera fábrica en 1913, se apresura a proclamar que sus obreros deberán poder comprar los automóviles que se produzcan, con lo cual veía también en ellos a futuros consumidores. Estábamos ante una concepción nueva del

18 Op. cit., p. 506.

19 Emmanuel Mounier, op. cit., pp. 523 y 542.

20 *Especificidad de la Democracia Cristiana*, Caracas, 1972, p. 80.

21 Op. cit., p. 115.

22 Jean Matouk, op. cit., pp 165-166.

papel del trabajador, que es la que debe prevalecer en el espíritu empresarial y no dejarse ganar por una concepción cerrada, egoísta y de aislamiento.²³

Esta apertura de la sociedad política poniendo la riqueza al servicio de todos los ciudadanos por virtudes de la iniciativa particular y sacudiéndose la intromisión excesiva del Estado, que cada vez tiene necesidad de presupuestos más abultados para atender mediocrementemente a sus necesidades, exige un replanteamiento del régimen de propiedad a base de establecer muy cuidadosamente sus distintas "áreas". Hemos dicho en otra parte, que somos partidarios de que en el futuro habrán de respetarse: a) Las áreas de la propiedad privada o personal; b) La de la propiedad familiar o artesanal; c) La de la propiedad social o estatal; d) La de la propiedad mixta, en la que coexistan la propiedad privada y la propiedad de los trabajadores; y e) La propiedad comunitaria.²⁴

Indiscutiblemente que la familia es un medio útil de organización comunitaria, si bien consideramos que la "propiedad familiar" tiene una sustantividad propia que la distingue de la propiedad comunitaria en sentido estricto. Porque si la institución familiar ofrece un fermento de permanencia, no es menos cierto que resulta difícil su adaptación a los nuevos cambios producidos por el crecimiento, por las circunstancias del medio y por el progreso técnico, lo cual motiva la fragilidad de las empresas industriales familiares. También la propiedad pública cumple la función de la propiedad comunitaria, desde el momento que está al servicio de la comunidad nacional, ya que trata de conservar ciertas riquezas de interés general; v. gr., no se concibe la explotación destructiva de un bosque patrimonial; ni que el Canal de Panamá o la industria petrolera venezolana estén en manos de particulares. Por eso la protección de este tipo de propiedad corresponde directamente al Estado o a organismos infraestatales (región, municipio).

Es indudable que la "propiedad privada" exige un reconocimiento expreso como garantía de la personalidad individual. Su máxima expresión se produce en la propiedad de los "bienes de consumo", que están al servicio de personas determinadas. Por eso

23 François Dalle y Jean Bounine, *Quand l'entreprise s'éveille à la conscience sociale*, París, Ed. Robert Laffont, 1975, pp 97-98.

24 "La propiedad comunitaria", en *Rev. Gral. de Legisl. y Jurisp.*, Madrid, 1973, pp 257 y ss. Este es el trabajo más completo que hemos publicado sobre la materia y lo seguimos aquí.

esta especie de propiedad no la encontramos en las sociedades primitivas vinculadas a la propiedad colectiva; el hombre ha tenido siempre la propiedad de las cosas que consume. Todas las legislaciones modernas declaran esta especie de bienes "inalienables e inembargables". Recordemos que Fourier —escribe Heleno Saña—, no pensaba abolir la propiedad privada, y que el mismo Proudhon, a pesar de haber lanzado la feroz fórmula de "la propiedad es el robo", veía en la propiedad privada la única garantía sólida de la libertad y la justicia. En nuestros días, Ota Sik ha escrito: "Un sistema de pequeños accionistas limitado por la ley y parecido al sistema del ahorro, no debiera ser abolido durante un largo período de transición, pues no perjudica al desarrollo de una economía socialista". El sentido común aconseja mantener cierto grado de libertad y de movilidad económica —es decir, de propiedad privada sobre los medios de producción— para que la iniciativa individual y el espíritu de empresa no se anquilosen. Los regímenes que han querido socializarlo todo —como los comunistas— no se han repuesto todavía de ese error, como demuestra el pésimo funcionamiento de su economía. Nada más funesto para una economía, que convertir a toda la población activa en empleados públicos o corporativos. Pues, desde otro punto de vista, el Estado moderno tiene los medios suficientes para corregir por otras vías los posibles abusos. (En Suecia, por ejemplo, el 90% de los medios de producción están en manos privadas). Aparte de las posibilidades normativas que el Estado posee (política fiscal, sobre todo) el procedimiento más seguro y eficaz para amortiguar la influencia del capital privado es el de crear una "legislación laboral" que ponga fin al mando absoluto de los capitalistas y establezca la gestión en común dentro de las empresas.²⁵ También Abdon Vivas Terán se pronuncia por la propiedad privada de los medios de producción en la medida que se encuadre en los nuevos esquemas tales como la pequeña industria, la propiedad familiar agrícola, servicios, etc., donde ella contribuye de manera legítima y eficaz a los fines últimos de la sociedad.²⁶

Para hacer más comprensible la "distinción" entre la propiedad privada y la propiedad comunitaria, vamos a hacer referencia a un simil que, aun cuando no completamente exacto, puede ayu-

25 Op. cit., p. 151.

26 "Hacia una sociedad solidaria", *Revista Resumen*, Caracas, 1975, N° 63.

darnos a su mejor inteligibilidad. Juan Pablo II, cuando sólo era el Cardenal Wojtyla, solía narrar la siguiente historia: Un chino llegó un día al cielo. San Pedro le comunicó su admisión. Pero el chino, curioso, quiso conocer el infierno. Se lo mostraron. El infierno era una larga mesa servida de tazones de arroz. Sentados a ella, innumerables comensales trataban de comer arroz de los tazones infructuosamente porque los palillos que tenían eran demasiado largos. El chino marchó luego en dirección del cielo. Y allí se asombró ante un espectáculo similar. En otra larga mesa, innumerables comensales se sentaban delante de tazones de arroz. Sus palillos eran, también, desproporcionadamente largos. Todos, sin embargo, comían, porque cada uno de ellos le daba de comer al otro, al que quedaba a la distancia de los palillos. Los palillos servían solamente para dar, no para apropiarse. El chino sacó su conclusión: la diferencia entre el cielo y el infierno está en el interior de cada uno de nosotros. Es la frontera entre el egoísmo y el amor.²⁷

La propiedad privada gira en torno de la voluntad individual, siendo el hombre su centro y viene a satisfacer sus egoísmos de "tener" (posesión de los bienes) y de "poder" (dominio sobre las personas), mientras que la propiedad comunitaria gira en torno de la "idea de servicio", siendo la "comunidad" su centro y tiene como fundamento el "amor al prójimo". Esta distinción es teóricamente hablando; pues en la práctica no se da ni el hombre bueno de que hablaba Rousseau (ya que ni los "santos" son químicamente puros), ni el hombre malo de Hobbes. Como siempre hemos repetido en nuestros escritos, el hombre es un "ser desfalleciente", en el sentido de que se encuentra inclinado levemente hacia el mal como consecuencia del "pecado original", pero tiene a su disposición recursos espirituales para alcanzar, mediante la "lucha agónica" a que se refería Miguel de Unamuno, la felicidad eterna en el mundo sobrenatural.

Entonces ¿qué es lo que sucede? Pues que volviendo al símil del Pontífice Juan Pablo II, tenemos que afirmar, que ni la propiedad privada es netamente el infierno, como tampoco la propiedad comunitaria específicamente es el cielo, si bien en la primera hay más riesgo de ir a él si nos dejamos llevar exclusivamente por el egoísmo y no utilizamos los bienes en beneficio de los que nos

27 Mariano Grondona, "Termina otra jornada. Informe especial", *Revista Visión*, 1978, vol. 52, N° 1.

rodean; a la vez que en la segunda, el hombre pone en juego su capacidad de relación humana en tanto que actúa como "miembro de la comunidad trabajadora", aún cuando también puede dejarse llevar por su egoísmo y crear situaciones conflictivas que pongan en peligro su "grupo social". Por eso en estas circunstancias tendré que abandonarlo.

He aquí por qué nos hemos pronunciado favorablemente a la existencia de la propiedad privada. Ya nos dijo Jacques Maritain: "El problema no consiste en suprimir el interés privado sino en purificarlo y ennoblecerlo, aprehenderlo en sus estructuras sociales ordenadas al bien común, y también (y éste es el punto capital) transformarlo interiormente por el sentido de la comunión y de la amistad fraterna".²⁸ Desde este momento la empresa privada (la gran empresa, sobre todo), se transforma en empresa privada de interés público. De este modo se hace necesario consagrar al lado de los derechos del capital, de los empresarios y del personal, los derechos de los ciudadanos y de los consumidores a la participación en el poder en las grandes empresas.²⁹

Desde este punto de vista tiene razón Luis Herrera Campins cuando ha dicho, que "la propiedad comunitaria no es un modo de propiedad pública, ni estatal, ni socializada, colectivizada, sino una forma de propiedad privada ejercida por grupos sociales. Y si algo se propone es la realización del ideal de que *todos los hombres sean propietarios*, no solamente de los bienes de carácter personal y familiar a que tienen derecho (los enseres del diario uso y vestir, la casa, la parcela de la tierra), sino a una propiedad privada distinta a la que los pobres poseen: su trabajo". En tal sentido, cuando "la humanidad avanza hacia el trabajo en equipo, la función social va dando pasos hacia la sociedad comunitaria", cuya "construcción de esta nueva sociedad tendrá que ser lenta y progresiva, en la medida en que la propiedad comunitaria sea libremente aceptada por quienes la practiquen, y, desde luego, coexistiendo con otras formas de propiedad".³⁰ Por nuestra parte, frente a la propiedad privada que es la del capital, hemos calificado a la propiedad comunitaria como la "propiedad del trabajo", que exige al "trabajador-propietario" que reúna arraigadas cualidades mora-

28 *Humanismo integral*, Buenos Aires, Ed. Lohlé, 1966, p. 142.

29 Francois Dalle y Jean Bounine, op. cit., p. 176.

30 Op. cit., pp. 92-93.

les, que hagan de él un ser capacitado y responsable motivado por un afán de superación personal y de servicio al bien común.³¹

A todas luces se advierte el influjo benéfico que este tipo de propiedad puede ejercer en la formación de la personalidad humana desde el punto de vista material y espiritual, ya que en ella viene a desaparecer el antagonismo entre los intereses del propietario y el trabajador, por cuanto que el capital y el trabajo se fusionan en las mismas manos empresariales, con lo cual se consigue la participación de la inteligencia obrera en la gerencia y dirección de la empresa.³² A este respecto, Pío XII, dirigiéndose al *Katolikentag* de Bochum, donde los patronos y obreros católicos reunidos en Bochum aprobaron "el derecho de cogestión de todos los trabajadores (*mitarbeitende*) para los problemas sociales, de personal y económicos... como perteneciente al derecho natural del orden querido por Dios", expresó enfáticamente que "la Iglesia no ha renunciado un instante a su lucha porque la aparente oposición de capital y trabajo, del patrono y del asalariado se funde en una unidad superior, en una colaboración orgánica que la naturaleza misma recomienda".³³ Y, a este objeto, en su Alocución a la Sociedad Católica de Dirigentes de Empresas Medias y Pequeñas (8 de octubre de 1956), se pronunció porque el empleado y el obrero sean "copartícipes de la empresa", o al menos, en sus "beneficios", porque tales lazos con la empresa, intensificarán sus esfuerzos y, sobre todo, les harán "más hombres, depositarios de mayor responsabilidad...". Además, que la función económico social que todo hombre aspira a llenar exige que el desarrollo de la actividad de cada uno "no esté totalmente sometido a la voluntad de otro". Es por eso que no se puede reducir a los colaboradores de cada día a un papel de simples "ejecutores silenciosos", que no puedan hacer valer su propia experiencia, razón por la cual la "capacidad de mandar" y, con ella, la oportunidad de decidir que sirven positivamente al desarrollo de la personalidad y a la toma de conciencia de la propia dignidad, no pueden ser el pri-

31 *De la propiedad privada a la propiedad comunitaria*, Caracas, Ed. Monte Avila, 1971, pp 223 y 227.

32 Jacques Maritain, *Problemas de una nueva cristiandad*, Santiago de Chile, Ed. del Pacífico, s.f., pp. 171-172.

33 Antonio Marzal, *Empresa y democracia económica*, Madrid, Guadiana de Publicaciones, 1976, pp. 84-85.

vilegio de una "minoría", sino un derecho abierto a todos aquellos que tengan vocación y talento para su ejercicio.³⁴

Entonces el desafío que tiene planteado la empresa moderna es el de inventar nuevos modelos de producción, de consumo y de educación susceptibles de ofrecer a los hombres la esperanza de una existencia menos unidimensional. Esta es una búsqueda incesante que debe obligar sobre todo en los dominios sociales y culturales, para satisfacer las esperanzas de los hombres que son inmensas; pues, como ha señalado Edgar Morin, "el último contingente que es aún desconocido, es el hombre". Dentro de esta incógnita la sociedad futura habrá de estructurar una empresa en la que el individuo no sea más el objeto sino, por el contrario, el sujeto de su organización y de su evolución.³⁵

Desde este momento, el trabajador deja de ser la "mercancía" expuesta al juego de la oferta y la demanda que concibió el capitalismo clásico y pasa a ser un mero factor de producción un factor que toma decisiones, que es creativo y está dotado de iniciativa propia, con lo cual —como escribe Jaroslav Vanek—, hace prácticamente difícil en la empresa los conflictos laborales.³⁶ Porque ya la misma viene a constituir una "unidad de trabajo" que minimiza o hace desaparecer el antagonismo de capital y trabajo, por cuanto que todos sus integrantes aunan sus esfuerzos en la realidad del "bien común empresarial". Este proceso de incorporación del trabajador a la empresa tiene que ser gradual generalmente, puesto que desde el punto de vista comunitario es más importante su incorporación efectiva que los beneficios económicos que pueda obtener por ello. Precisamente Juan XXIII, comentando las anteriores palabras de su Predecesor Pío XII, indicaba que la puesta en práctica de su pensamiento lograría alcanzar "una concepción humana de la empresa".³⁷

Sobre este particular, hemos señalado, que la propiedad comunitaria puede presentar dos modalidades: una "incompleta o im-

34 Lino Rodríguez-Arias B., "El pensamiento cristiano como fundamento de la propiedad comunitaria", *Cuadernos de Derecho Público*, Mérida, Universidad de Los Andes, 1976, N° 2, pp. 126-127.

35 Francois Dalle y Jean Bounine, op. cit., pp. 178 y 200-201.

36 *La Economía de participación*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1974, pp. 19, 21, 33 y 132.

37 *Mater et Magistra*, Panamá, 1961, p. 23.

perfecta", que es cuando la propiedad de la empresa es compartida entre los trabajadores y los capitalistas, como hemos visto promovido más arriba; y la otra, que es el "modelo tipo" y corresponde a la "comunidad de trabajadores", puesto que solamente éstos son los dueños de la empresa, produciéndose un desplazamiento del capital a manos del trabajo organizado, desapareciendo totalmente la antítesis capital-trabajo.³⁸ Esta máxima expresión comunitaria nos coloca en el "ejercicio de la democracia" dentro de la empresa y en la consecución de la "ética de responsabilidad", ya que se supera la idea de explotación y se pone al trabajador en disposición de ejercer sus derechos y cumplir sus deberes con valor moral y eficacia práctica.

En definitiva, en la empresa comunitaria —como ha escrito Manuel Fraga Iribarne—, habrá una participación creciente en la elección y definición del puesto de trabajo; una expresión más libre de iniciativas económicas (personales o de grupo); una progresiva armonización de la empresa personal del trabajador con su empresa comunitaria, y ésta le dará cada vez más medios para trabajar su propia obra.³⁹ Es el camino que se nos ofrece para alcanzar una gradual "desproletarización" del trabajador a base de su participación creciente en la propiedad y organización de la empresa, como un medio de lograr su capacitación moral e intelectual como persona humana y su bienestar económico. Es menester para ello que no se deje de estimular el esfuerzo personal y colectivo para no incurrir en la atonía productora de los regímenes absolutamente igualitarios. A este fin tendrá que darse un "control comunitario" ejercido por el Estado y los órganos infraestructurales (región, municipio), como asimismo por las "sociedades intermedias" de la Economía, que evite se produzca —como dice Luis García San Miguel— la desigualdad de poder que coloque a algunas empresas en situación de privilegio.⁴⁰ Y dentro de ellas —señala José Luis Rubio Cerdón—, habrá de darse también una "planificación", con participación de los trabajadores-propietarios e inclusive de los organismos indicados, para establecer los límites mínimos y máximos de percepción de beneficios, ni tan excesivamente

38 "La propiedad comunitaria", op. cit., pp. 267-268.

39 *El desarrollo político*, Barcelona, Ed. Grijalbo, 1972, p. 178.

40 *La Sociedad autogestionada: una utopía democrática*, Madrid, Ed. Seminarios y Ediciones, 1972, N° 32 p. 89.

distanciados que creen auténticas "clases" ni tan cercanos que maten todo estímulo.⁴¹

Dentro de esta línea comunitaria tenemos la "Comunidad Scott Bader", fundada en 1920, que treinta y un años más tarde, después de muchas pruebas y tribulaciones durante la guerra, tenía un próspero negocio de escala media que empleaba a ciento sesenta y una personas, con volumen de negocios anual de alrededor de 625.000 libras esterlinas y beneficios netos por encima de las 72.000, habiendo empezado virtualmente sin nada. Entonces el Sr. Bader se decidió a transformar la empresa en una "comunidad de trabajadores", para lo cual elevó a éstos a la nueva categoría de socios y estableciéndose la siguiente "Constitución" que regía la acción de la empresa:

Primero: La empresa seguirá siendo de tamaño limitado, de modo que cada miembro de ella pueda abarcarla mentalmente.

Segundo: La remuneración del trabajo dentro de la organización no variará por encima de una escala de 1:7, antes de la deducción impositiva, entre el salario más bajo y más alto.

Tercero: Los socios de la comunidad no pueden ser expulsados por ninguna razón distinta de una gravemente reprobable conducta personal, si bien ellos pueden dejarla voluntariamente, siempre que avisen con antelación conveniente.

Cuarto: El Consejo de Administración de la empresa será responsable ante la Comunidad.

Quinto: No más del 40% de los beneficios netos serán apropiados por la Comunidad, cuya mitad de esta suma será distribuida entre sus socios y la otra mitad a fines de caridad fuera de la empresa; pues el 60% restante será retenido para el pago de impuestos y para la autofinanciación.

Así este "sistema empresarial" —escribe E. F. Schumacher—, vence el *reduccionismo* de la propiedad privada y usa la organización industrial como un sirviente del hombre, en lugar de permi-

41 "Las condiciones políticas de la autogestión", *Revista Documentación Social*, Madrid, 1976, N° 21, p. 62.

tirle usar a los hombres como medios para el enriquecimiento de los dueños del capital.⁴²

Desde otro punto de vista el Gobierno inglés dice en su informe sobre la "democracia industrial", que la división del poder en la industria es una necesidad "para probar la eficiencia de nuestras industrias y la prosperidad de nuestro país". A este propósito propone una legislación que permita desempeñar un papel relevante a los trabajadores en las compañías estratégicas y en las grandes compañías constituídas al estilo de las exigencias de la nueva política europea. Es por eso que después de haber estudiado las experiencias europeas y de largas consultas del informe Bullock, el Gabinete inglés ha decidido que las dos terceras partes del Consejo de Administración de las grandes compañías esté integrado por los trabajadores, si bien éstos probablemente no puedan ejercer su responsabilidad en dicho Consejo hasta el año de 1984.

El Gobierno propone como un primer paso hacia el desarrollo de un compañerismo positivo entre la Administración y los demás trabajadores, que las compañías con más de 500 empleados, se les exija el legalmente discutir todos "los problemas importantes" que afecten a sus trabajadores, con sus representantes sindicales. También es del criterio de que los empleados tengan representación en la dirección de su compañía, para lo cual el Gobierno intenta legislar que tengan una representación opcional de las dos terceras partes en los Consejos de Administración, si bien tendrá un carácter obligatorio para las compañías con más de dos mil empleados. Todo este proyecto legislativo responde a las pautas que rigen en otros países europeos como Alemania, Dinamarca, Francia, Países Bajos y Bélgica.⁴³

Luego observamos como el "control de los trabajadores" se presenta bajo dos acepciones. En la primera viene a significar el gobierno de la industria por ellos; y en la segunda, una creciente participación en la misma mediante la atribución de prerrogativas que anteriormente correspondían de forma unilateral a su propietario. Este sistema de control es propio de una sociedad que se encuentra dividida en clases sociales, donde hasta ahora la clase ca-

42 *Lo pequeño es hermoso. Por una sociedad y una técnica a la medida del hombre*, Madrid, H. Blume Ediciones, 1978, pp. 237-240. Véanse otros ejemplos en nuestra obra: *De la propiedad privada a la propiedad comunitaria*, Caracas, Ed. Monte Avila, 1971.

43 *The Times*, London, Wednesday, May 24, 1978, p. 4.

pitalista ha tenido sometida a la clase trabajadora, lo cual ha provocado un desarrollo social que, precisamente, debe conducir a la desproletarización orientada a su emancipación mediante su participación en la propiedad o en la empresa de forma total o parcial.

Y es que, actualmente, cada vez se toma más conciencia de que el ser humano siempre es miembro de una comunidad, en la que únicamente puede realizarse libremente, puesto que se hace imposible hacerlo individualmente, dado que ello exige una recíproca acción humana. Es obvio que esta exigencia comunitaria requiere una planificación, un esfuerzo coordinado, a través del cual tan sólo podremos alcanzar la meta de la libertad. Desgraciadamente, muchas veces, la ingnorancia humana es el mayor obstáculo que se presenta para el logro de la liberación del hombre mediante la consecución de su autogobierno, porque los intereses en pugna hacen imposible su realización. De todas maneras el autogobierno es esencialmente el problema de la democracia planificada.⁴⁴

Vemos, pues, como el medio más eficaz que se nos ofrece para "desproletarizar el trabajador", es el de estimular su acceso a la propiedad de los medios de producción, a fin de que pueda realizarse como persona a través del ejercicio de su libertad, dentro de una creciente adquisición de los bienes culturales, que serán los que de una manera más efectiva le proporcionen un sentido de responsabilidad social. Esto nos coloca en la necesidad de conjugar elementos propios del liberalismo y del socialismo sin tener por ello que incurrir en una simple amalgama; pues, por el contrario, se trata de una perfecta sincronización del principio de la libertad y el de la solidaridad que se apropiaron para su uso exclusivo, del primero el capitalismo, y del segundo el marxismo. No se nos escapan las dificultades que acechan a la puesta en práctica de esta *tercera vía*; pero si prestamos atención advertimos que ella responde a las exigencias de la misma naturaleza humana, que conlleva la dualidad de un cuerpo y un espíritu.

Quizá por ésto es que, Jaroslav Vanek, haya sostenido que la Iglesia se pronuncia por "un rostro humano del capitalismo y del marxismo". Acaso para algunos, ésta sea considerada una posición híbrida; pero cuando todo es dicho y dado ¿qué materia no es de alguna manera híbrida, aún cuando sea humana? Después

44 Jaroslav Vanek, *Self-Management: Economic Liberation of Man*, Baltimore, Maryland, U.S.A., 1975, pp. 90-91 y 107-108.

de todo ¿no es el hombre mismo el más híbrido de todos? Sin embargo, añade el mismo autor, puede ser que la solución real del presente problema social sea encontrada solamente en la línea de una auténtica realización de participación trabajadora, la cual, precisamente por que es auténtica, superará la dialéctica capitalismo-marxismo y avanzará así hacia una nueva concepción ideológica, que exigirá formas técnicas adecuadas que, aún cuando inevitablemente sean tentativas e imperfectas, serán justamente encaminadas hacia una sociedad participativa.⁴⁵

De acuerdo a esta misma línea del pensamiento venimos elaborando nuestra posición comunitaria —equidistante del capitalismo y del marxismo—, si bien valoramos en toda su extensión el respeto a la libertad individual que proclama la democracia representativa aún cuando su excesivo culto al “ánimo de lucro” conlleva la negación de ese individuo libre que dice defender, por tenerle constantemente sometido a la presión de los poderes económicos; a la vez que el marxismo, satisfactoriamente, hace hincapié en la solidarización humana como principio necesario para alcanzar un proceso que conduzca a la redención del proletariado, pero que a la postre culmina erróneamente en la privación de la libertad individual y en el sometimiento férreo del pueblo a los dictados del Estado.

Estamos conscientes de las dificultades que presenta la proyección en la práctica de nuestra concepción teórica por la misma naturaleza dual del hombre; pues se hace muy difícil persuadir a los espíritus egoístas de que la generosidad debe darse también en todo corazón humano, máxime cuando lo exigido responde a la más estricta justicia social. Empero, el concepto de propiedad comunitaria es una modalidad institucional de estructura netamente popular que supone la presencia de una “pluralidad humana”, constituida en grupo social con sustantividad propia, orientado no tan sólo a conseguir el desarrollo económico de la comunidad sino a estimular las relaciones individuales hacia la realización de una obra común, beneficiosa para la nación y para las personas que participan en ella, dentro de un ambiente de participación democrática.

Todos los hombres habrán de prepararse para esta gran tarea de contribuir a la creación de riqueza con su esfuerzo personal de modo que la productividad beneficie también a los sectores más

45 Op. cit., p. 126.

pobres, los cuales deben ser incorporados al trabajo activo y permanente. Ya debe ponerse fin a la situación lamentable de que el hombre quiere trabajar dignamente y no encuentra donde hacerlo, como también habrá de sancionarse al que quiere vivir sin trabajar. El trabajo es un derecho y un deber para la “sociedad de convivencia” y nadie puede eludirlo. La posibilidad de acceso a la propiedad mediante el trabajo, que es el problema planteado por la propiedad comunitaria, conduce a la desaparición de las fronteras que separan al capital y el trabajo y funde lo que hasta ahora ha constituido una dicotomía en un abrazo cordial y fraterno que tiene su expresión en la figura del “trabajador-proprietario”.

Hay que buscar estímulos para que cada vez más el “trabajo comunitario” se manifieste en nuestra sociedad a nivel manual, empresarial y profesional con sentido vocacional y de servicio al prójimo. Las legislaciones tendrán que reglar correctivos, exoneraciones y sanciones que impulsen la difusión del régimen de propiedad comunitaria para el hombre que verdaderamente quiere trabajar y crear riqueza y con ello mejorar su bienestar económico y espiritual.

ENSAYO BIBLIOGRAFICO-JURIDICO SOBRE EL CAMBIO SOCIAL EN EL DERECHO

Benilda Salas Sánchez, M.L.S.

Este ensayo se ha escrito en la forma que se ve en el presente, con el fin de servir de base para el estudio de los aspectos jurídicos del cambio social.

Contra el uso de la palabra "cambio" en el presente ensayo se ha optado por el término "transformación".

En el presente ensayo "El cambio social en el Derecho" se hace una relación del contenido de los temas como: la política, la economía, la ley, que han sido tomados como parte del estudio ya que no existe una definición concreta que tome en cuenta todos aquellos aspectos inherentes en dicho cambio.

Al tratar cada tema se hace una descripción de libros, artículos y periódicos, cuyo título aparece con un número a su derecha que indica su orden en el final del estudio.

Se incluyen además otros datos de interés de organizaciones importantes en el campo jurídico y social. Como parte final, la bibliografía consultada en esta investigación.

EL CAMBIO SOCIAL EN EL DERECHO

El cambio social en el Derecho Henry Nash Smith en su *Origen de la Ley* (1913) como la transformación o modificación de cualquier aspecto de los procesos sociales o formas sociales. Esta expresión sirve para denotar el movimiento de transformación gradual de movimiento social. Dicho cambio puede ser un proceso o etapas, permanente o transitorio, planado o no planado, en una dirección o en múltiples direcciones, consciente o inconsciente.

Para hablar de cambio social dentro de las leyes, debe haberse un número de la misma de las leyes, que en su forma actual sea

Sumario: Introducción. El cambio social en el Derecho. Cambio social. El Derecho y el cambio social. Otras obras de referencia. Organizaciones importantes en el campo. Casas editoras. Bibliografía citada. Bibliografía consultada.

INTRODUCCION

Este escrito se orienta a llevar a cabo una exploración en el campo de las leyes, con el objeto de presentar varias obras que desarrollan el tema del cambio social y el derecho. En este sentido se puede decir que por su finalidad y su planteamiento, se trata de un ensayo bibliográfico enfocado hacia el Derecho.

Está preparado de tal forma que sea útil al usuario interesado en el estudio detallado del tema escogido.

Consta de una introducción al tema, con una descripción aclaratoria del mismo.

Bajo este tema "*El cambio social en el Derecho*" se hace una relación del complemento con temas como: la política, la economía, otros, que han sido tomados como parte del estudio ya que no existe una definición concreta que tome en cuenta todos aquellos aspectos influyentes en dicho cambio.

Al tratar cada tema se hace una descripción de libros, revistas y películas, cuyos títulos aparecen con un número a su derecha que indica la citada, al final del trabajo.

Se incluyen además otras obras de referencia, organizaciones importantes en el campo y casas publicadoras. Como parte final, la bibliografía consultada en esta investigación.

EL CAMBIO SOCIAL EN EL DERECHO.

El cambio social en sí, lo define Henry Farichild en su *Diccionario de sociología*,¹ como las variaciones o modificaciones en cualquier aspecto de los procesos, pautas o formas sociales. Esta amplia expresión sirve para designar el resultado de cualquier variedad de movimiento social. Dicho cambio puede ser progresivo o regresivo, permanente o temporal, planeado o sin planear, en una dirección o en múltiples direcciones, benéfico o perjudicial.

Para hablar de cambio social dentro de las leyes, debe hablarse primero de la sociología de las leyes, que en su forma más usa-

da significa, el estudio de las leyes e instituciones legales dentro del contexto social. Por una parte como el estudio analítico de normas y por otra de una forma puramente filosófica como una filosofía pura o un acercamiento teleológico.

Se trata de una relación entre las leyes, los hechos sociales, políticos, económicos y psicológicos, los cuales son considerados en el análisis correspondiente.

La sociología de las leyes ha surgido como una rama separada con estudios propios y una gran cantidad de tendencias sociológicas y movimientos discutidos en ellos.

Deben considerarse una serie de fallas y lagunas que presenta a la hora de dársele una definición exacta, por lo que no se han establecido los límites de lo que esta ciencia abarca. Algo por lo que claman los sociólogos en las leyes es por ser autónomos en su ciencia. Su autonomía y rango en sus materias, dependen respectivamente de los términos "sociología" y "ciencia".

CAMBIO SOCIAL

El cambio social denota una diferencia observada por los antecedentes en la estructura social, instituciones, hábitos o equipo de la sociedad. Lo nuevo en legislación y otras medidas abiertas para el control de la conducta o el producto del cambio ya sea en una estructura específica y en un sector dominante de la existencia social, o en unas condiciones físicas o sociales. Los efectos repercutidos de acciones sociales siguen una línea o continúan una conformidad con la moda sistemática dicha, y llena de necesidades y encuentros anticipados, los cuales prevalecen en la sociedad.

En su *Estudio sociológico del cambio social*,² Von Weise ha examinado el uso de este mismo término, el cual muestra como evaluación o desarrollo específico estos dos grandes usos. Distingue el cambio social del cambio cultural usado especialmente en consideración a la técnica y para el impacto social. Renueva el término para denotar alteraciones en las relaciones de hombre a hombre, mientras que Geinsberg, en su obra *Factor in social change*,³ entiende el cambio social un cambio en las estructuras sociales que conforman una sociedad, la composición y el balance de sus partes en el tiempo.

EL DERECHO Y EL CAMBIO SOCIAL

Max Weber estuvo interesado en la emergencia de la racionalización como un principio de organización y de decisiones establecidas. En esta línea de análisis, concibió el Derecho como un elemento integrante de dicha racionalización en el mundo occidental.

El asunto principal, desde el punto de vista legal, es que las leyes y las instituciones afectan y son afectadas por las condiciones sociológicas que las rodean. La ley es un vehículo del cambio social; en la mayor parte de la sociología legal se ha visualizado la ley como un agente pasivo más que un agente activo en el campo social.

Otro aspecto a considerarse es el significado relativo del cambio social, la legislación, administración y de la ley común; cada una tiene su forma de presentar cambios, lo cual influye en los diversos campos del Derecho.

La sociología de las leyes va marcando un cambio radical en los tiempos presentes y, como consecuencia de estos cambios, es difícil *delimitar adecuadamente los efectos de las leyes sociales*.

Davis James en su libro *Society and the law*,⁵ trata sobre este tema enfatizando las leyes angloamericanas; lo divide en tres secciones principales: a.- Las leyes y la organización social, éste es un esquema general e introduce el concepto central del control social. b.- Las leyes y el cambio social, donde discute el concepto de las leyes como un significado formal de control social el cual es modificado ampliamente por un pluralismo político y social. El autor discute la importancia de este cambio y cómo las leyes afectan y son afectadas por el mismo. c.- Los abogados como grupo profesional; hace una descripción de la profesión legal: tipos de abogados, clases de práctica, pagos por servicios prestados, accesibilidad a los servicios legales y a la educación legal.

Trata el aspecto de cómo el desarrollo de las ciencias puede ayudar a un entendimiento en los problemas legales y cómo a su vez las leyes pueden ayudar a resolver los problemas sociales. Presenta un estudio comparativo de las leyes en el contexto sociocultural basado sobre los últimos sistemas legales de varias culturas y civilizaciones. Está dirigido a estudiantes de los cursos de Derecho Público, políticos e investigadores en las leyes sociales y a miembros de las fraternidades legales y sociológicas. Entre sus contribuyentes están, el sociólogo F. Jones Davis, el profesor en leyes Henry H.

Foster, el criminologista C. Ray Jeffery y E. Eugene Davis, autoridad en la materia. Contiene una bibliografía, notas, índice y sugerencias para nuevas investigaciones.

El profesor Friedmann, enfoca este tema desde el punto de vista del impacto sobre lo legislativo y lo judicial en los cambios sociales de urgencia.

En su obra *Law in changing society*.⁶ Trata las tradiciones en Alemania e Inglaterra, muchos de los cuadros los basa en un trabajo anterior, *Law and social change in contemporary Britain*. En ambos volúmenes, dice que las leyes deben responder al cambio social, y servirá como instrumento del orden social. Hace una enumeración de problemas de los cuales, solo para algunos de ellos da las requeridas respuestas. Su lectura no es fácil y en él se discuten temas complejos. Parte de que algunas informaciones se dan con reservas, ya que no son justificadas por autoridades o por principios legales. (Será de interés, tanto para las leyes como para la sociología; sin embargo, Mendelson cree que Friedmann pudo haber cubierto más puntos en este libro).

Cada día se nota un interés mayor en describir y analizar la complejidad de las sociedades, en los procesos sociales y la modernización económica, igualmente en los conflictos que en ella se pueden presentar. Algunos de estos aspectos se describen en la obra, *The human conditions in Latin America*;⁷ se analiza además la creciente diferenciación entre ricos y pobres, y los conflictos inherentes en las transacciones latinoamericanas. Los autores Wolf y Hansen utilizan materiales para formar cuadros-diagnósticos de las varias facetas de las sociedades del presente y, a renglón seguido ofrecen sus comentarios sobre los más amplios problemas sociales, culturales y el trasfondo histórico sobre la base del cual podrían comprenderse en profundidad las actividades y propósitos especialmente en los latinoamericanos.

Bajo el título de *Revue roumaine des sciences sociales*,⁸ pueden localizarse artículos sobre las sociedades y las leyes, especialmente de Rumania Socialista, su régimen jurídico de sociedades mixtas, los status y bajo las leyes que se rigen.

En la revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales⁹ de la Universidad de Buenos Aires, hay una sección destinada a la publicación de leyes locales y extranjeras donde se pueden consultar y comparar las legislaciones de distintas sociedades, tomando

en cuenta que estas legislaturas se relacionan casi todas, y cada uno de los aspectos socioculturales del país al cual pertenece y representa. Contiene notas sobre obras y artículos de mérito, además una lista del movimiento bibliográfico en el área. Como ilustración a este tema sociológico de las leyes, pueden citarse dos películas que ejemplifican algunos puntos de la sociedad y las leyes. a.- *The Bill of rights of the United States*,¹⁰ que relata la historia de la lucha larga del hombre por su libertad, que lo llevó a crear la carta de los Derechos de los Estados Unidos. Traza en detalles los pasos que se siguen para escribir las diez primeras enmiendas de la constitución incluyendo las garantías que el hombre veía como medio de salvaguardar la libertad personal. b.- *Government in action*,¹¹ que describe algunas clases de gobiernos locales en los Estados Unidos. Entre estos, los más importantes son los condados, municipios y distritos escolares, cada uno provee al ciudadano, bajo su jurisdicción, de servicios esenciales.

En la bibliografía de Chambliss, bajo el título de *Sociology of the law*,¹² no se ha tratado de delimitar el tema, sino que se ha tratado de incluir toda la literatura relevante, desde reportes variados de la antigua jurisprudencia, hasta los más recientes estudios del sistema legal como una institución viviente. Para este trabajo se ha servido de la literatura de sociología, leyes, economía, psicología, antropología y ciencias políticas. Es una herramienta que ayuda a maestros e investigadores en el campo de la sociología de las leyes.

Esta obra que sirve para que un investigador inicie su trabajo; pero para aquellos que buscan una visión general sobre un punto en particular encontrarán aquí suficiente literatura.

Un aspecto íntimamente relacionado con el cambio social en las leyes, es el socio-económico y lo presenta Hagen en su obra, *On the theory of social change*,¹³ donde el autor relaciona los factores de la personalidad que transforman la pasividad tradicional de la sociedad en una en la que las experiencias continúan en el progreso tecnológico. Se necesita un gran esfuerzo para interrumpir el equilibrio de la sociedad tradicional, el progreso empieza cuando grupos dentro de la sociedad se dan cuenta que por mucho tiempo estarán de acuerdo con los patrones que habían venido considerando. Se han incluido estudios de Japón, Inglaterra, Colombia e Indonesia. El poco movimiento del tradicionalismo está ilustrado con ejemplos de Bruna y de Sioux (Reservaciones de Dakota). Trata de relacionar la influencia urbana y la historia y,

toma de ella la experiencia de estos niños con raíces en un específico contexto estructural y cultural. Hace uso de herramientas intelectuales, es amplio y repetitivo y ofrece especulaciones psicológicas como resultados establecidos. Es altamente especulativo. Este libro es una contribución al área pues lleva al lector a cuestionarse y despierta a la importancia de la estructura social.

Rodman Hyman, presenta otro aspecto de la vida económica-social en, *Lower class families the culture of doverty in Negro. Trinidad*,¹⁴ un relato fascinante de familias negras que confrontan la pobreza de la Isla Trinidad. La obra contiene una de las descripciones más detalladas obtenidas de las familias de la clase baja y los valores comunitarios. Hyman se propone aclarar algunas de las controversias sobre la vida en comunidad de las clases pobres. ¿Es la vida de la pobreza algo organizado o desorganizado? ¿Reflejan estas familias la cultura de la pobreza? ¿O, la pobreza de la cultura?, ¿debería concentrarse la guerra a la pobreza en las deficiencias de la sociedad que perpetúa la pobreza? Refleja un gran interés por todos aquellos que se preocupan por el impacto de la pobreza sobre la cultura y sobre la organización familiar; provee información general sobre patrones de vida familiar y valores para todos aquellos que trabajan, enseñan o hacen los planes de renovación para la familia de la pobreza.

En la revista, *American political science review*,¹⁵ se puede encontrar una revisión de la estadística histórica y estudios comparativos, de política, economía y ley pública. Incluye registros y eventos políticos íntimamente relacionados con la economía del país. Los cambios socio-económicos se ven muy bien representados en la película *Social Class in América*,¹⁶ donde se señalan contrastes significativos en la vida de tres jóvenes de distintas clases sociales. Explica la posición social atribuída a cada una de ellos de acuerdo a su nivel económico, área residencial o clase social a la que pertenecen sus padres. Presenta sus experiencias que día con día marcan una diferencia mayor, sobre todo de aquel que ascendió rápidamente en su posición social. Otro punto, sobre el mismo tema lo enfoca la película, *Taxation - reform and recovery*,¹⁷ que emplea el poder del impuesto para el logro de la reforma social y del planeamiento económico.

El superdesarrollo y las medidas económicas en un tema que explota Kohr Léopold en su libro, *El superdesarrollo; los peligros del gigantismo*,¹⁸ es la teoría que resume cómo algunos de los

problemas económicos del presente, el ascenso del nivel de vida, el triunfo, la nueva empresa y otros, pueden reducirse a una causa común: el tamaño excesivo de las naciones. El autor se ha apoyado más en las demostraciones deductivas que inductivas, y ha traído a colación temas de vital importancia como la influencia de la dimensión de un Estado, en el nivel de vida y las relaciones que existen entre dimensión y desarrollo económico. Es un intento y no una elaboración concluida donde se trata de conocer la estructura de las cosas y no su forma última. Por lo tanto se cae en el terreno de la economía conceptual y no en la economía estadística o matemática aplicada.

El cambio general de las estructuras económicas, estructuras sociales e individuales es tratado por Moore en su libro *Order and Changer*,¹⁹ es una selección de las publicaciones de autores de los diez últimos años, muchos de los cuales provienen de revistas profesionales o simposios. Los siete capítulos están agrupados bajo cuatro encabezamientos: cambio general de las estructuras, la transformación de estructuras económicas, estructuras sociales e individuales y prevención del futuro. Se interesa por la estructura macro-social, la economía, ocupaciones, profesiones, políticas, formalización del cambio social, normas, roles, otros... Usa en su tratamiento el análisis comparativo. Para Moore la diversidad de los cambios sociales no pueden ser comprendidas dentro de ninguna teoría general separada. A través de su escrito usa un lenguaje y formas elevadas. El tema de la sociología lo presenta Robert Misbet en, *The social bound*,²⁰ es una introducción al estudio de la sociedad. Trabaja el autor con lo que concibe como elementos básicos de las relaciones sociales. El libro sobresale debido al talento descriptivo del autor y sus elevadas sugerencias, pero cae en la falta de precisión analítica no llega a definir *Social Bouna*. Sí concibe el problema principal de la sociología. En la revista *Current law and social problems*,²¹ presenta el sentido de la libertad e ideas del oeste de la ley internacional como un guía orientador de la sociedad. Se estudian los problemas de criminales dementes, de la ley y la ley moral; y del control de narcóticos y drogas. A su vez la *Revista mexicana de prevención y readaptación social*,²² que se publica trimestralmente, toca temas relacionados y derivados de su mismo título: delincuencia, pena de muerte, evaluaciones psicológicas, conducta antisocial y la prevención de estos problemas con la readaptación necesaria para los casos que se presentan. El tema de

la delincuencia también es tratado por Peter Marris en *Dilemas of social problems*,²³ examina a la luz de un experimento algunos de los principales dilemas y frustraciones en las cuales la reforma social en América debe luchar. Fue promovido y financiado por la 'Ford Foundation' la 'Juvenil Delinquency' y la 'Youth Offences Control Act of 1961'; absorbidos dentro del programa de pobreza y difundidos como una estrategia nacional. Son conocidos como proyectos de acción comunal. La parte de investigación debe ser leída por científicos sociales siempre que estén dispuestos a aplicar los aparatos de investigación en las situaciones prácticas. La discusión de la participación de los pobres es algo satisfactoria. Los autores se hacen una serie de preguntas a las cuales dan poca o ninguna contestación porque posiblemente no la tengan. Es un libro informativo y que está bien escrito, con referencias adecuadas. Dirigido hacia estudiantes y adultos. Se aprecia su efectividad en las funciones privadas y las comisiones gubernamentales.

Pueden encontrarse índices que enlisten la reflexión en las publicaciones de algunos movimientos que reflejan el cambio social en las actividades de hoy. Un ejemplo de esto sería el *Task force and alternative book in print*,²⁴ bibliografía que incluye publicaciones de ésta índole y sobre otros aspectos del cambio social.

Dilemas y cambios sociales pueden ejemplificarse en la película *Declaración of Independence by the colonies*,²⁵ que utiliza la presentación dramática para señalar una serie de accidentes y hechos históricos que influyen en el logro de la independencia de las colonias.

Esta serie de accidentes envuelven a las colonias en una lucha bélica con Inglaterra, la cual trae como resultado la Declaración de la Independencia en junio de 1776. Se desprenden de aquí otros temas como la política en las leyes y en cambio social. Artículos relacionados al tema pueden encontrarse en, *American Academy of Political Science*,²⁶ que ilustra sus conexiones con las ciencias políticas, mapas, tablas, y otros. Es bimensual y sus referencias son de valor especial; sus temas están dirigidos a problemas sociales y políticos. Max Millikan en su libro, *The emerging nations*,²⁷ se basa en un estudio preparado para el gobierno, cambios sociales y políticos en las naciones en desarrollo del mundo, y en las causas que presentan patrones tradicionales en la política internacional, tanto para escuelas realistas como idealistas. Analiza algunos de

los problemas de transición. Es una contribución para el entendimiento del mundo contemporáneo según los roles americanos. Este libro fue revisado por el *Senate Comittee on Foreing Relations*. Muestra sobre todo el proceso de la modernización económica, los patrones y problemas del desarrollo político. Términos como familia, socialismo, capitalismo, se desprenden de este tema. Desde el punto de vista de la familia tenemos a William Goode, con su libro *La Familia*,²⁸ donde trata de explicar más que de argumentar lo poco provechoso de la teoría sociológica cuando se aplica a las relaciones de la familia. Incluye datos de sociedades presentes y pasadas para ampliar nuestro campo de experiencia, para clasificar nuestras generalizaciones, para evaluar la hipótesis y para mostrar en general que la sociología del siglo XX puede, no a corto plazo, revolver el parroquialismo que confirma la visión de los centros urbanos de los Estados Unidos contemporáneos. Ejemplifica en la teoría social cuando es aplicada a las relaciones familiares y explica como las familias continúan los mismos propósitos de hace veinte años. Algunos de los temas no son tratados legalmente. El Dr. Goode insiste en que hay que despertar y ver cómo las familias y las estructuras sociales, no son suficientes para servir a las otras necesidades. Este mismo tema de la familia es tratado por Davis Buxbaun en su libro, *Some aspects of sustantive law and social change in rural China*,²⁹ en donde se limita a una comunidad especial: la China rural de 1896 y 1967, citando un estudio en una villa de Taiwan del Norte. Es una tesis de Ph. D. de la Universidad de Washington donde se trata el tema del derecho consuetudinario, incluye bibliografía.

Todos los temas analizados, nos llevan a pensar en uno nuevo: el cambio social en el futuro. Son muchas las preguntas que pueden desprenderse de este tema: ¿sobre qué áreas se basará especialmente? ¿Cuáles serán los cambios principales? ¿Cuál será la actitud de las leyes ante estos nuevos cambios? Todas estas preguntas pueden servir como nuevos temas de investigación y nuevas hipótesis a formular, por lo que sería conveniente una ojeada al libro, *The sociology of the future*,³⁰ que publicó estudios interesantes, en su mayoría tomados de revistas hispanoamericanas; existen también fuentes tanto a nivel nacional como internacional. Como ejemplo de este caso se publica, *Law review*,³¹ que contiene artículos de revistas en el campo general de las leyes y dentro de ellos se pueden localizar artículos sobre las leyes en el campo social.

En cuanto a libros puede citarse la obra, *Law books in Print*,³² que incluye libros en inglés desde 1969, siguiendo a la primera publicación catálogos, listas y otros recursos bibliográficos. Está confeccionado en forma de diccionario. Incluye una parte dedicada a "Law and Society".

Un índice importante, que contiene una lista seleccionada de periódicos no incluidos en el *Index to legally periodical literature*³³ creado por un persistente esfuerzo de la "American Association of Law Libraries" y una ardua labor de los bibliotecarios de leyes, es el *Index to periodical articles related to law*,³⁴ incluye artículos en inglés del desarrollo social en el cambio de las leyes; está dividido en tres partes: índice de materias, de artículo y de autor. Tiene acumulaciones cada cinco años. Un sección para cambio social aparece también en el *Public affairs information service*³⁵ que hace una selección de artículos de más de mil publicaciones periódicas que se enlistan cada año de todos los países de habla inglesa, las de otros países no son mencionadas.

OTRAS OBRAS DE REFERENCIA

Al estudiar un área como la del cambio social en las leyes y teniendo en cuenta su gran relación con temas como la sociología, la antropología, la política, la economía, la familia, etc., podemos encontrar obras de referencia que se dediquen exclusivamente al tema, pero en muchos casos se hace necesario recurrir a obras de referencia ya sea de las leyes en general o en áreas que tengan correlación con el tema. Así tenemos el *World index of Social science*,³⁶ obra de referencia que es un servicio especial del International social science journal, que contiene investigaciones de lineamientos avanzados y de cuerpos profesionales. Incluye todos los cuerpos activos descritos en las declaraciones publicadas allí. Sus artículos son en inglés y francés. Esta arreglado alfabéticamente por el nombre de la institución bajo el país y nombres de instituciones nacionales.

Representa un repertorio mundial de fichas que contienen todas las instituciones en ciencias sociales concernientes a la investigación de documentos y cuerpos profesionales, por los cuales la información estuvo disponible en la Unesco Social Science Documentation Center a mediados de 1970.

Muchas veces se pide la información sobre un artículo de la totalidad de una revista, para estos casos está la obra, *Sumario actual de revistas*,³⁷ donde se dan a conocer los artículos seleccionados de revistas en la Biblioteca del Instituto de Cultura Hispánica, dentro del campo de las humanidades y las Ciencias Sociales. Así como habían realizado sobre el estudio sociológico del cambio en el Caribe de habla inglesa. Se completó una serie de imágenes para el futuro, que pueden ser la llave para el entendimiento de los cambios deliverados y planeados que están ocurriendo. Contiene el libro una teoría social de cambio basada en el concepto de imágenes del futuro; algunos estudios estratégicos para el estudio del futuro, ejemplos o modelos para análisis de perspectivas de tiempo e imágenes en el futuro de la literatura en las ciencias sociales, etc., y al final una bibliografía anotada sobre estudios futuros en las ciencias sociales. En general el libro trata de una revolución sociológica donde los problemas principales son: cómo concientizarse de los sistemas de valores y prepararse mientras los revolucionarios sociales pueden por sí mismos promover y mantener el lugar que les corresponde; cómo pueden hacerlo acertadamente y obtener sus objetivos buscando la verdad.

No debe olvidarse que a pesar de los diversos puntos que se han tocado en este trabajo por su íntima relación con el Derecho, que este campo, como ciencia social, está sujeto más que otros al principio de la evolución, a medida que se afirman y cambian las costumbres siempre se hará necesario un ajuste de las normas jurídicas en este campo social.

ORGANIZACIONES IMPORTANTES EN EL CAMPO

En cualquier campo establecido y definido y, especialmente en el campo de las leyes, que ha sido uno de los primeros en organizarse, se han formado muchas y variadas organizaciones en el mundo entero; algunas de ellas de más fuerza y alcance que otras, pero que cubren las distintas áreas y necesidades del campo. Las direcciones de estas organizaciones pueden encontrarse en obras de referencia como la *Encyclopedia of Associations*,³⁸ que se especializa en enlistar y describir en forma breve las distintas organizaciones que existen tanto a nivel nacional como internacional, sus direcciones, sus especialidades y sus publicaciones.

He aquí algunas de ellas:

- American Sociological Association (ASA), 1722 N. St., N. W. Washington D. C. 20036.
Fundada en 1905 con 14.800 miembros. Sociedad profesional de sociólogos, científicos sociales, investigadores, maestros. Consta de varios comités, entre ellos: Protección Legal en Investigaciones Sociales y Cooperación Internacional. Una de sus secciones es la de criminología. Tiene cinco publicaciones, por ejemplo:
American Sociological Review
- Centre de recherches et d'études de psychologie des peuples et de sociologie économique. 3 P. 258. Le Havre, France.
Fundada en 1933. Cubre en forma general: sociología y economía y en forma específica: Psicología social, desarrollo socio-económico individual y de la sociedad. Publica la revista:
* *Revue de Psychologie des peuples*
- Center for studie in criminal justice, University of Chicago III East 60 th. Chicago, III 60637.
Fundada en 1965. Cubre sociología, leyes, crimen y delincuencia y desarrollo. Area que cubre: Estados Unidos.
- Center for research in scientific communication. The John University, Baltimore, Maryland 21218.
Fundada en 1966, Incluye psicología, sociología, comunicación y desarrollo.
- Center for Study of crime, delinquency and corrections. Southern Illionois University, Eduarsville and Carbondale.
Fundada en 1961. Cubre sociología, leyes, relaciones internacionales y leyes internacionales.
- Centro de Estudios Internacionales. Colegio de México, Guanajuato, 125, México 7 D. F.
Fundada en 1939. Cubre ciencias políticas, economía, leyes, relaciones internacionales, leyes internacionales.
- Council for intersociety al studas. Worthvestern University, 1818 Sheridan Road Evanston, Ill 60201.

Fundada en 1964. Cubre el área de ciencias sociales y los cambios sociales.

- Institute of Social and Economic research. University of West Indies Mona Kingston 7, Jamaica.
Fundada en 1948. Cubre sociología y economía, desarrollo social y económico. Geográficamente cubre las Antillas. Publica la revista:
* *Social and economic studies*.
- Institute for rettssociologiog forvalningslaere. Fuglehauggate 6, Oslo 26 F.
Fundada en 1946. Incluye ciencias sociales, economía y leyes. Publica:
* *Bosquejos Contemporáneos*.
- Social science research council (SSRC). 230 Park Ave. New York 100017.
Fundada en 1923 con 30 miembros. Publican artículos, boletines, libros y monografías.
- Sociedad Argentina de criminología. Libertad 555. Buenos Aires, Argentina.
Fundada en 1933. Incluye sociología, leyes y criminología.
- Vocations for social change (VSC). Cayon, Calif. 94516.
Fundada en 1968. La información nacional apolítica. Amplía casa de trabajo con relevancia para instituciones variadas. Impulsa a las personas a encontrar trabajo, construye buenas relaciones interpersonales y tiene un impacto positivo sobre la sociedad. Publica un directorio bimensual de oportunidades de empleo. Publica:
* *Variations of social change*.

CASAS EDITORAS

Tanto el libro como cualquier otro material son esenciales para una buena investigación y para el desarrollo de un país, ya que son los medios fundamentales para la transmisión de conocimientos. En muchas ocasiones se le hace difícil al investigador con-

seguir estos materiales en su nación por diversos motivos y se ve en la necesidad de dirigirse a las casas editoras en busca de dichos materiales, tratando de facilitar cada vez más esta búsqueda, se han confeccionado listas o índices donde se pueden localizar las direcciones de casas editoras y a la vez indagar sobre qué temas publican, y a qué países pertenecen. Un ejemplo de esto es el *Publisher's international directory international verlagsaderebuch*,³⁹ de donde han sido tomados estos ejemplos.

Las casas editoras que aparecen a continuación se especializan en leyes, ya sea específicamente o en conjunto con otras áreas.

- American Bar Foundation, E 60 Street 1155, Chicago, Ill. 60637.
- American Law Institute, the 101 n. 33 street. Philadelphia, P. A. 19104.
- American Judicature Society. 1155 E., Sixteth, Chicago, Ill. 60637.
- Anderson Co., W.H. the, 646 Main Street, Cincinnati, Ohio. 45201.
- Baker, Voorlis and Co. 30 Smith Avenue: Mont Kisco, N.Y.
- Banks - Baldwin Law Publishing Co., 1964 Ansel Road, Clevelan, Ohio.
- Barriester Pubishing Co. 50 Broadway, New York, N. Y. 10004.
- Bender, Matthew and Co. 235 E 45 Th Street, New York, N.Y. 10007.
- Best, Alfred M. Co Ins., Columbia Road and Park Avenue, Marrison, N.Y. 07960.
- Biblo and Tanner Booksellers and Publishers Inc. 63 Fourth Avenue. N. Y. 10003.
- Stae Press, Pban - Bator. Mongolei.
- George Town Printers Had., China, Street Ghaut 5, Penang. Malasia.

- Academic Publisher. Panduan Ghosh Hane 11, Calcuta 9 W. B. India.
- Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP) Apartado 25, San José, Costa Rica. San José, Costa Rica.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- 1 Farichild, Henry Pratt. *Diccionario de Sociología*. (México: Fondo de Cultura Económica, 1949).
- 2 Von Wise, L. *Sociological suty of social change*. (London: Internacional Sociological Association, 1956).
- 3 Ginsberg, M. *Factors in social change*. (Trans. Third World Congress of Sociology, 1976).
- 4 *Internatíonal encyclopedia of the social science*. (New York: Mac. Millan, 1968).
- 5 Davis, Floyd James. *Society in the law*. (New York: Free Press of Glencoe, 1962).
- 6 Friedmann, Wolfgang Gaston. *Law in a changing society*. (Berkeley: University of California Press, 1959).
- 7 Wolf, Eric and Eduard C. Hansen. *The human condition in Latin América*. (Oxford, University Press, 1972).
- 8 *Revuee Roumaine des sciences sociales*. (Bucarest: Editura Academiei Republicii Socialiste, 1959).
- 9 *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, v1-1946. (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1946).
- 10 *Bill of Righ of the United States, the*, (Atlanta: Britanica Films, 1956, 20 min. M PCS-16).
- 11 *Government in Action*. (Local goverment. FS CC 56).
- 12 Chambliss, William J., Siderman, Robert B. *Sociology of the law: a research bibliography*. (California: Glendessary Press, 1970).
- 13 Hagen, Everett Einar. *On the theory of social change: law economic growth begins*. (Homewood, Ill.: Dorvery Press, 1962).
- 14 Hyman, Rodman. *Lower class families the culture of doverty in Negros, Trinidad*, (New Jersey: Oxford University Press, 1971).
- 15 *The American political science review*. v1.- 1906 - (Manasha, Wis: American Political Science Association, 1906).
- 16 *Social Change in América*. (New York: National Brocasting Films. T 1957, 196 mm. 16 m 153 S. 153).

- 17 *Taxation reform and recovery*. (New York: National Brocasing Co. T. V. 1963, 16 mm).
- 18 Kohr, Leopold. *El subdesarrollo: los peligros del gigantismo*. (Barcelona: Editorial Luis Miracle, 1965).
- 19 Moore, Wilbert E. *Order and change essays in comparative sociology*. (New York: Wiley, 1967).
- 20 Misbet, Robert. *The social bound: a introduction to the study of society*. (New York: Alfred A. Knopf, 1970).
- 21 *Current law and social problems*. v1- . 1966- . (Toronto: University of Toronto Press, 1966- .).
- 22 *Revista mexicana de prevención y readaptación social*. v1- . 1971- . (México: Dirección de Servicios Coordinados de Readaptación Social, 1971-).
- 23 Marris, Peter, *Dilemas of social problems poverty and community action in the United States*. (New York: Atherton Press, 1967).
- 24 *Task force and alternative books in print*. 2ed. (Ohio State University Library, 1972).
- 25 *Declaration of independency colonies*. (Atlanta: Britanica Films Press, 1968. 20 mm. MPC5 117).
- 26 *American Academy of Political Science*. v1- . 1890- (Philadelphia: The annals of the American Academy of political and social science, 1890- .).
- 27 Millikan, Max F. *The emerging nations*. (Massachuset: Institute of Technology, 1960).
- 28 Goode, William Josih. *La Familia*. (México: Unión Tipográfica Hispanoamericana, 1966).
- 29 Buxbaun, David Charles. *Some aspects of sustantive law and social change in rural China (1896-1967)*. (Ann Arbor: University of Microflims, 1974).
- 30 *The sociology of the future*. (New York: Russell Sage Foundation, 1971).
- 31 *Law review*. (Manila, Philipinas: Faculty of civil law. University of Santo Tomás, 1970).
- 32 *Law bock in prints*. (New York: Ganville Publishers, 1971).
- 33 *An index to legal periodicals literature*. (Boston: The Boston Book Co., 1888).
- 34 *Index to periodical articles related to law*. v1- . 1958- .).
- 35 *Public affairs information service (PAIS)*. (Bulletin 1973. New York, 1974).
- 36 *World Index of social science institution*. (Paris: Unesco, 1970).
- 37 *Sumario actual de revistas*. (Madrid: Biblioteca del Instituto de Cultura Hispánica, 1975 a 1980).
- 38 *Encyclopedia of association*. (Michigan: Gale Research Co., 1972).
- 39 *Publisher's international magazines internationals verlasadressbuch 1967-1969*. — (New York: Bowker, 1971).

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- American Library Association. *Guide to reference work*. 8 ed. 1967 - 1968. Chicago: American Library Association, 1970.
- Book Review Digest*. New York: H.W. Wilson Co., 1905.
- Encyclopedia of Associations*. 8 ed. Detroit, Mich.: Gale Research Co., 1973.
- Goulds, Julius. *A dictionary of the social change*. New York: Free Press, 1967.
- Katz, Bill. *Magazines for libraries*. New York: Bowker, 1969.
- Publisher's international magazines internationals verlasadressbuch 1967 - 1969*. New York: Browker, 1969.
- Ulrisb's international periodicals directory*. New York: Bowker, 1971.
- Walford, Albert J. *Guide to reference material*. 2ed. London: Libracy Association, 1968.
- White, Carl M. *Sources of information in the social science*. 2 ed. Chicago: American Library Association, 1973.
- Winchel, Constance. *Guide to reference work*. 8 ed. Chicago: American Library Association, 1967.
- Wynar, Lubomyr R. *Guide to reference material in political science*. Denver; Colorado Bibliographic Institute, 1966.

EL MINISTERIO PUBLICO
EN LA RELACION PROCESAL PENAL

Dr. Mario Alberto Houed Vega y

Lic. Fernando Cruz Castro

Funcionarios del Ministerio Público
y profesores de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica.

Sumario: a) Formas de intervención, b) Naturaleza jurídica de dicha intervención. (¿Es el Ministerio Público "parte"?). c) Análisis de Jurisprudencia: Recurso de Casación formulado por el M.P. Resolución de la Sala Segunda Penal. Conclusiones.

Principales abreviaturas utilizadas:

LECr: Ley de Enjuiciamiento Criminal (España).

CPP o CPPCR: Código de Procedimientos Penales de Costa Rica.

M.P.: Ministerio Público.

M.F.: Ministerio Fiscal.

a) *Formas de intervención*

Antes de pasar a examinar los criterios que consideran o no como "parte" al Ministerio Público en la relación procesal, es conveniente recordar cuáles son los sistemas más importantes de la intervención de aquél, atendiendo a si lo hace con carácter exclusivo o si, por el contrario, permite la acción popular.¹

Esos sistemas son los siguientes: a) El que no conoce más acusación que la del órgano público (monopolio a cargo del M.P. o M.F.), ejercitándose la acción aún cuando para proceder se requiere la instancia del ofendido, caso éste de los sistemas francés, italiano, argentino (en sus provincias de Córdoba, Salta y Mendoza, entre otras) y costarricense.² b) Sistema en el que, además de

1 Debe recordarse que la diferencia entre el "acusador particular" y el "acusador privado" (ver nota 12 de este trabajo) estriba precisamente en que el primero es el que ejercita la llamada "acción popular" (concedida en el artículo 101 de la LECr, y eliminada del CPPCR actual, mientras que el segundo es la persona que sólo está legitimada porque en su contra se ha realizado un hecho pueda revestir carácter privado (en la legislación española son: la injuria, la calumnia, el adulterio y el amancebamiento). Sin embargo, existe en el derecho español una especie de *tertius genus* de acción, originando peculiaridades con respecto al sujeto ejerciente de ella, de manera que, en cuanto a la iniciación, no se le puede colocar en la especie de acusador particular ni en la de acusador privado. Ejemplos de hechos que pueden dar origen a esta clase de acción ("delitos de denuncia privada") son: la violación, los abusos deshonestos, el estupro, el rapto y el abandono de familia. A esta especie de *tertius genus* de acción, el CPPCR actual (Cód. Proc. Pen. de Costa Rica) denomina "*delitos de acción pública dependientes de instancia privada*" (art. 6) a que luego hacemos referencia. Para mayor información sobre este tema y en relación con la LECr española, recomendamos la obra de los profesores PRIETO-CASTRO y GUTIERREZ DE CABIEDES, Manuales Universitarios Españoles (MUE), Derecho Procesal Penal, ed. Tecnos, Madrid, 1976, pág. 105 a 108.

2 El artículo 6 del CPPCR, referido a los delitos de "*acción pública dependientes de instancia privada*" a que hicimos mención en la nota anterior, dice: "Cuando la acción pública dependa de instancia privada, como el estupro y la sodomía, sólo podrá iniciarse si el ofendido por el delito, o en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador, formularen denuncia ante autoridad competente para recibirla; pero se procederá de oficio en los casos previstos por el Código Penal". En este sentido debemos señalar que, con motivo del actual Código Procesal Penal Costarricense (que introdujo el mencionado concepto de "delitos de acción pública dependientes de instancia privada"), hubo de ser agregado un nuevo artículo al Código Penal (con el número 81 bis para no desorganizar su numeración) en el que se señalan los delitos que tienen tal condición. Dice este artículo: "Son delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia privada: a) El estupro, la sodomía, el contagio venéreo y la violación

la acción del M.P. (M.F.), se ejercita la acción popular;³ o sea, que la acción de los particulares no excluye la oficial, excepto en algunos casos.⁴ Este es el del sistema español y el de varios países hispanoamericanos (Guatemala, Salvador, etc.). c) Sistema "sui generis", donde la acusación oficial no está absolutamente excluida respecto de ninguna clase de infracciones, esto es, que su intervención (del M.P.) ocurre en todos los asuntos conocidos por los tribunales. Ejemplo del mismo es el sistema alemán.⁵ La diferencia pues, de este sistema con el primero, estriba en que en aquel el M.P. queda excluido en los casos de delitos de acción privada⁶ los que se reservan para los particulares ofendidos (injuria y calumnia entre otros).

Esos son, pues, en líneas generales, los sistemas principales de intervención del M.P. (M.F.) en el proceso penal, por lo menos a nuestros efectos.⁷

(en determinados casos) b) Los abusos deshonestos y el rapto, cuando no ocurren las circunstancias previstas en los artículos 157 y 158 (CPPCR). c) Las lesiones leves, el hurto, etc... siempre que el imputado fuere ascendiente o descendiente del ofendido, o hermano, tío o sobrino, por consanguinidad o afinidad... etc... (expone otros casos de parentesco); y ch) Aquellos que leyes especiales califiquen como tales". En el párrafo final del mismo artículo se hace alusión a la circunstancia señalada en el art. 6 del CPPCR arriba enunciado, diciendo que se procederá de oficio, a pesar de lo expuesto, cuando "el ofendido no tuviere quien lo represente ni se hallare bajo la guarda de ninguna persona, o existiere entre ellos interés contrapuesto", procediendo a actuar el M.P., salvo que el ofendido fuere menor de edad, en cuyo caso necesita (el M.P.) la autorización del Patronato Nacional de la Infancia, quien también puede denunciar el hecho punible.

3 El artículo 101 de la LECr consagra según dijimos, el principio de la acción popular, permitiendo que "todos los ciudadanos españoles —sean ofendidos o no por el delito— pueden ejercitar la acción penal con arreglo a las prescripciones de la ley"; considerando "ofendidos" también a los extranjeros (art. 270).

4 Los casos de excepción están contemplados en el artículo 104 de la citada LECr, y se refieren a delitos y faltas perseguibles sólo a instancia de parte privada, en los cuales las acciones penales respectivas no pueden ser ejercitadas sino tan solo por las personas que la ley taxativamente señala. ("... sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o por sus legítimos representantes").

5 Así lo expone claramente el Profesor PRIETO-CASTRO en su Conferencia (ver supra nota 39, ob. cit. ps. 27 a 31) al tratar de las amplias facultades concedidas al M.F. alemán después de la "Gran Reforma de 1974", que convirtió al Ministerio Fiscal en un verdadero juez instructor.

6 El CPPCR reserva el Capítulo IV (arts. 428 a 446 inclusive) para los juicios por delitos de acción privada).

7 Del sistema inglés no nos ocupamos por ser la "Dirección de persecuciones" (Direction of persecutions) muy distinta de lo que entendemos por M.P. (M.F.) "... tal organización (la Dirección de persecuciones) es tan inarmónica y extraña, tan distinta de lo que representa el Ministerio Fiscal, que nos ha parecido impropio del título de esta aportación el tratar de ella". PRIETO-CASTRO, ver supra nota (ob. cit.) 39, p. 48.

b) *Naturaleza jurídica de dicha intervención.* (¿Es el Ministerio Público "parte"?)

Una vez expuestos los sistemas o formas en que el M.P. interviene en la relación procesal, surge la polémica de determinar si aquél lo hace constituyéndose o no en "parte".

Para ello es indudable que previamente debemos definir qué es o qué significa el concepto de "parte", que es uno de los más controvertidos del derecho procesal penal. De acuerdo con Gómez Orbaneja, el problema no se plantea sino con referencia a un sistema acusatorio, como el español, francés e italiano, que con diversas variantes predomina en la mayor parte de los países europeos y aún americanos (sobre todo de origen latino).

Estamos de acuerdo con la opinión —mayoritaria— del profesor Florián⁸ respecto de que el concepto de parte del proceso civil no se puede trasladar al proceso penal, porque según el sentido que en aquél se dá, las "partes" actúan para defender intereses de carácter privado y están constantemente, o casi siempre, en antagonismo.⁹ Si trasladamos dicho concepto al proceso penal, donde los intereses son de carácter público (los que tienen carácter privado se resienten del interés colectivo) y donde las partes pueden no estar en antagonismos, habría que concluir que en el proceso penal no existen partes,¹⁰ lo cual es una conclusión errónea a juicio nuestro.

Para construir la noción de "parte"¹¹ en el proceso penal, debe atenderse a la esencia propia del mismo.

8 MANZINI, CARNELUTTI, CALAMANDREI, SATTI, LEONE, GOMEZ ORBANEJA, PRIETO-CASTRO, entre otros.

9 FLORIAN, EUGENIO, Elementos de Derecho Procesal Penal. (Traducción de Prieto-Castro). Casa Editorial Bosch, Barcelona, S.F.P., ps. 91 y siguientes.

10 "Especialmente en Alemania, un sector importante, encabezado por Wach, niega de modo tajante que haya partes en el proceso penal. Decir que éste sea una relación jurídica entre partes, lo reputaba ese autor una frase vacía. Porque sólo puede hablarse de parte donde hay verdadera contradicción de intereses y donde los contendientes se enfrentan con iguales armas". Tomado de GOMEZ ORBANEJA, E. Ob. cit., p. 48.

11 Prieto-Castro opina que es preferible utilizar el concepto de "sujeto" (sujetos del proceso) eludiendo el de "parte" porque si este término es perfectamente aplicable para otras órdenes del derecho procesal, no es completamente claro ni pacífico que en el proceso penal existen partes de la misma significación que en aquellos otros'. PRIETO-CASTRO, L. y G. de Cabiedes; ob. cit. p. 99. Sin embargo, el mismo autor concluye que con el fin de facilitar las alusiones a los sujetos que figuran en el proceso penal, distintos de los juzgadores, la ley, la doctrina y la práctica hablan también de "partes". (Ibidem).

Florián lo hace de la forma citada, tomando dos elementos para ello: 1) la cualidad del sujeto de una de las relaciones jurídicas de derecho sustantivo (principal o accesorio) deducidas en el proceso,¹² y 2) la atribución al sujeto de que se trata, de las facultades procesales necesarias para hacer valer la relación sustancial.

Así pues, se combinan y concurren dos requisitos: uno sustancial o material que es el primero antes indicado; y otro formal que es el segundo de ellos. Parte es, entonces, "aquel que deduce en el proceso penal o contra el que es deducida una relación de derecho sustantivo, en cuanto esté investido de las facultades procesales necesarias para hacerla valer, o, respectivamente, para oponerse (contradecir)".¹³

En las partes debemos distinguir, asimismo: 1) la capacidad para ser parte, que es "el conjunto de requisitos necesarios para que una persona adquiere tal condición"; y 2) la capacidad procesal, que es la suma de condiciones necesarias para que aquél, que ya es parte, pueda realizar actos procesales con eficacia jurídica. (Por ejemplo, un menor lesionado tiene capacidad para ser parte desde que sufrió lesión, pero carece de capacidad procesal para constituirse en parte, por lo que necesita de un representante).¹⁴

También Carnelutti distingue entre parte en sentido material (sustancial) y parte en sentido formal, aunque llega a la conclusión de considerar al M.P. como "parte imparcial", concepto éste que no satisface a la mayoría de los juristas, ni tampoco a nosotros, como más adelante comentaremos. Para explicar aquella distinción, el conocido tratadista expone un doble significado: primero señala que en la contraposición entre sujeto del litigio y sujeto de la acción, parte en sentido material es el primero, y parte en sentido formal el segundo; a su vez, en la antítesis entre el titular

12 "Según esto, será parte aquél que inicia o contra el que se inicia en el proceso penal una relación de derecho sustantivo, y así lo serían el Ministerio Público, el acusador, el actor civil, el civilmente responsable, y el responsable para el pago de la multa". FLORIAN, ob. cit. p. 91, CFR. también GOLDSCHMITD, Ob. cit. ps. 191 y ss. donde hace un análisis de singular interés sobre los derechos y las cargas procesales.

13 FLORIAN; ob. cit. ps. 91- —párrafo final— y 92. El mismo autor concluye que "parte es el sujeto procesal de los derechos y de las obligaciones sobre que se decide en cualquier medida en el proceso penal en cuanto le haya sido reconocida la facultad de desplegar, con efectos, actividad procesal". Ibidem.

14 FLORIAN; ob. cit. p. 94. GOLDSCHMITD a su vez dice que "tienen capacidad para ser parte todos los que posean capacidad jurídica". (Ob. cit. p. 192).

del interés y el titular de la voluntad, el primero corresponde al nombre de parte en sentido material, y el segundo al de parte en sentido formal.¹⁵

Podemos afirmar, pues, desde los diversos puntos de vista que han sido expuestos, así como con base en que la realización del "ius puniendi" (que es un derecho subjetivo del Estado que se satisface por medio de la imposición de la pena en su aspecto positivo, y de modo negativo mediante la absolución de los inocentes) corresponde únicamente al órgano que juzga y sentencia, que el Ministerio Público o Fiscal es una parte en sentido formal, como ocurre también con los acusadores particulares y privados en los sistemas que, como el español, permiten su intervención.

Para otros autores, entre los que se encuentra Vélez Mariconde, el Ministerio Público debe ser considerado como un "sujeto imparcial" de la relación procesal, ya que "requiere la actuación de la ley sustantiva en razón de un interés superior del Estado, el cual impone a sus órganos el deber de administrar justicia. Y una parte imparcial no puede admitirse sin contradicción".¹⁶ Sin embargo, el citado tratadista estima que no constituye un obstáculo a su tesis admitir que el M.P. es parte en sentido formal, ya que ello equivale, en su opinión, sólo a reconocer que la intervención de aquél en el proceso es esencial, exceptuando los casos de las acciones privadas, "como titular del poder-deber de excitar y condicionar la jurisdicción penal con miras a obtener una sentencia justa".¹⁷ Carnelutti según apuntamos, define al M.P. como "parte imparcial"¹⁸ pero para Vélez, ése es un modo de calificarlo puesto que aquél admite una noción amplia de la función judicial en la cual coloca al M.P., concluyendo después que dicho instituto es parte en sentido instrumental.¹⁹

Tanto SATTÁ como VELEZ, combaten la idea de Carnelutti de estimar al M.P. como "parte imparcial", ya que, según ambos, dicha idea es contradictoria porque si es parte no se pue-

15 CARNELUTTI, FRANCESCO; Ob. cit. (supra nota 1) pág. 60.

16 VELEZ MARICONDE, A. Ob. cit. p. 252.

17 CARNELUTTI, F. Ob. cit. 388.

18 VELEZ MARICONDE, A. Ob. cit. p. 252.

19 CARNELUTTI, F. Lecciones sobre el proceso penal (Traducción de S. Sentís Melendo). Ed. Uteha, Buenos Aires, 1950, p. 228. Inclusive el mismo Carnelutti afirma que la naturaleza de parte es inconciliable con una posición neutral, que debe mantener el M.P. (p. 231).

de ser imparcial, ya que se defiende el interés propio, subjetivo, mientras que el M.P. no persigue ese tipo de interés (propio o ajeno) sino tan sólo la realización de la voluntad de la ley, la justicia, que tiene el deber de defender.²⁰

Finalmente Vélez M. concluye que la posibilidad de inhibición (abstención) o recusación es lo que demuestra la verdadera posición que ocupa el M.P., porque según su criterio, se debe inhibir y puede ser recusado en los casos señalados por la Ley (Códigos Procesales de Córdoba y Salta, entre otros), para que sea lo que por ésta debe ser: "un tercero imparcial".

Satta llega a una consideración similar, estimando que el M.P., como el Juez, "es un órgano genuinamente jurisdiccional", rechazando, por creer excesiva, la objeción de que el citado instituto carece de poderes de decisión o de coerción "porque se necesita demostrar primero que sólo hay jurisdicción allí donde esos poderes existen".²¹

El tratadista español Fenech, utiliza el criterio de la recusación, al igual que Vélez M., pero para considerar al M.P. de este país como "parte", puesto que éste carácter, según sus palabras, "es lo que impide que el M.F. pueda ser recusado, ya que la recusación se encamina a la exclusión del "judex suspectus" (Juez sospechoso), pero no a la exclusión de una parte, cualquiera que sea el papel procesal de ésta".²²

Así pues, aplicando el mencionado criterio de la recusación, podemos determinar cuándo el M.P. es parte: si puede ser recusado (caso de las provincias argentinas de Córdoba y Salta, entre otras, así como de Costa Rica —ver arts. 43 en relación con el 29 del

20 VELEZ MARICONDE, A. Ob. cit. p. 298. Según este autor, la posición de Carnelutti está cercana a la suya en algunos aspectos pero considera que luego se desvía "escudándose en un juego de palabras", para sostener primero el contradictorio concepto de que el M.P. es una "parte imparcial", y afirmar después, en su obra *Cuestiones sobre el proceso penal* (traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, p. 213) que es "un Juez que se hace parte". (Ver al respecto Vélez M., ob. cit. p. 298, en cita bibliográfica N° 14). Para Vélez, pues, el M.P. debe tenerse como un "sujeto imparcial" del proceso (y no como "parte imparcial").

SATTA, S. estima, por otro lado, que la función (y el interés) del M.P. sólo tienen correspondencia en la función (y en el interés) del Juez, "quién también vigila la observancia de la ley". (Ob. cit. p. 74). Otro tratadista que critica el concepto de "parte imparcial" es FOSCHINI, quien le considera "absurdo" e "ilógico", en su obra "Cenni sul pubblico ministero e sul pretore", en la Rev. di Dir. Proc. Padova, 1949, 2ª parte, ps. 97 y ss.

21 SATTA, S. ob. cit. p. 75.

22 FENECH, MIGUEL, Ob. cit. p. 68.

CPPCR) es parte; si no puede ser recusado, no es parte (caso de España).

Sin embargo, no somos partidarios de la anterior formulación por varias razones: si acogiéramos literalmente esta tesis estimando que los motivos de la recusación no son otros que impedir el conocimiento de un asunto por un determinado juez (por ejemplo, por tener interés en el mismo, etc.), también debemos observar que a los miembros del M.P. la ley les impide actuar (por abstención) cuando ocurriere en ellos determinado interés (caso de los artículos 96 a 99 de la LECr española). Queda claro entonces, que sea por recusación o por abstención, la finalidad de las mismas que pudiese servirnos para saber si el M.P. es o no parte piete su eficacia, porque en uno u otro caso dicha finalidad es idéntica: impedir que determinado funcionario conozca de un asunto por encontrarse dentro de las causas previstas por la ley. Inclusive nuestra afirmación encuentra mayor base, respecto de la LECr, cuando en ella se dice que los representantes del M.F. "no podrán ser recusados, pero se abstendrán de intervenir en los actos judiciales cuando concurra en ellos alguna de las causas señaladas en el artículo 54 de esta Ley (art. 96, la cursiva no es, desde luego, del texto de la ley). No omitimos decir que el artículo 54 señalado se refiere precisamente a las causas legítimas de recusación.

Lo anterior nos hace pensar si tienen razón los que afirman que el M.P. no es parte, considerándolo un "tercero o sujeto imparcial" como Vélez, o como un Organismo Público del Estado,²³ o un órgano jurisdiccional, como Satta, u otras consideraciones.²⁴

23 RODRIGUEZ DEL BARCO, José. Compendio de Derecho Judicial. Organización de tribunales. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, p. 265.

24 Al respecto existe un interesante y valioso trabajo de Juan Iribas (ver su ob. cit. en supra nota 27) en el cual afirma que el número de autores que consideran que el M.F. no es parte cada vez es mayor (escribe esto en el año de 1952), e inclusive expone cosas tan interesantes como la siguiente: "Sería preciso, en fin, para considerarles parte" (al M.F.) que el fallo que se dictare le afectare, no en su aspecto anímico-profesional, que eso por el propio espíritu de su institución le afecta, sino en el interés patrimonial o personal, en sí o en el de su representado; y eso no le afecta". (p. 193). Concluye exponiendo diversos criterios de autores que no estiman como "parte" al instituto en examen, así: "Es un órgano de justicia, como Plaza dice. Una institución dentro del orden judicial, com afirma Aguilera y Rives, Institución, que señalan Domínguez y Pina. Mayer se expresa: "Es un órgano del Estado, no "parte", y así Wach; agrega asimismo, el citado Iribas, en su lista, Gundel, e inclusive a Gómez Orbaneja, aunque no en forma categórica, sino en cuanto éste afirma que lo que se busca es que el Estado en cuanto acusa, no juzgue. Ver al citado trabajo entre ps. 187 y 196, inclusive ambas.

5) Nuestro criterio podemos resumirlo del modo siguiente: creemos que el M.P. es parte, sólo en sentido formal observando lo que al respecto puedan señalar las diversas legislaciones, aunque lamentablemente en la mayoría de los casos adolecen de falta de tecnicismo. Así, por ejemplo, la LECr hace completa distinción entre las "partes" y el M.F. en sus artículos 25, 26, 656, 773, 854, 882, 894, 929 y 950, entre otros. Lo mismo ocurre con el CPPCR en sus artículos 25, 33, 43 y otros, todo lo cual nos hace prescindir de su utilización.

El M.P. (M.F.) es parte, en sentido formal, porque, como ya dijimos, tiene capacidad para estar en el proceso;²⁵ no hay en él imparcialidad como la del Juez; al contrario, es su finalidad la persecución en juicio (aunque no a ultranza, desde luego) de los presuntos autores de un hecho delictivo; su participación evidenciada queda, pues, cuando se constituye con capacidad necesaria en el proceso, en la búsqueda de su cometido.

Otros autores (Merkel e Hippel entre ellos),²⁶ consideran al M.P. (M.F.) como parte en sentido material, lo que hemos descartado conforme a la exposición que en este apartado se ha hecho.

Asimismo existen otras clasificaciones en las cuales podemos ubicar al instituto objeto de nuestro examen, como son las siguientes: a) la clasificación que atiende a la posición que las partes ocupan en el proceso penal, determinándolas como acusadoras (el M.P., el acusador particular, el acusador privado y el actor civil), y acusadas (el perseguido en el proceso penal, el responsable civil, directo y subsidiario).

b) Las partes anteriores a su vez se incluyen en la categoría de partes necesarias (el M.P. - M.F., en los delitos perseguibles de oficio, y el acusador particular en ciertos casos; así como el privado en los llamados delitos "privados" - injuria, calumnia, etc.) y contingentes (que son, por exclusión, las restantes).

c) Otra clasificación atiende al objeto civil en el proceso penal, teniendo en cuenta que es potestativo utilizar este proceso para obtener la llamada restitución de la cosa, así como la repa-

25 CFR. PRIETO-CASTRO y GUTIERREZ DE CABIEDES, ob. cit. Supra nota 96, p. 101, segundo párrafo.

26 Así lo señala RODRIGUEZ DEL BARCO, en su ob. cit. p. 265, segundo párrafo.

ración del daño y la indemnización de los perjuicios, llamando a las partes: actor civil, responsable civil directo y responsable civil subsidiario.

d) Una última clasificación, bastante conocida, aunque en sí innecesaria y equívoca es la que distingue a las partes en públicas y privadas (la única pública sería el M.P. - M.F. y las otras serían privadas).²⁷

Asimismo Eberhard Schmidt, coincidiendo fundamentalmente con los autores que ya se han citado, menciona una serie de razones por las que considera que el Ministerio Público no es parte en el sentido clásico que ha tenido siempre el concepto. Sobre los argumentos fundamentales que expone Schmidt, vamos a mencionar los siguientes:²⁸

- a) Cuando el Estado, en el papel de sujeto procesal, tal como lo llama Schmidt, se presenta a través del Ministerio Público ante su propio tribunal como titular del derecho, se subordina, en forma constitucional al poder judicial, pero este no quiere decir de manera alguna, que se ponga en el mismo plano que el acusado. Frente a éste, el M.P. siempre mantiene su condición de autoridad dotada de Poder público, cuyos intereses procesales no pueden compararse con los del acusado. En realidad sólo puede hablarse de partes (en el sentido clásico del término), cuando los titulares de un derecho comparecen ante un Tribunal, defendiendo intereses que desde un punto de vista del Estado, se encuentran en el mismo plano de valor.
- b) El Ministerio Público coincide con el Tribunal en los mismos objetivos esenciales. Ambos buscan la verdad y la justicia, razón por la que el Ministerio Público, en ciertas circunstancias, podrían actuar en favor del imputado. El M.P. no tiene los intereses y objetivos propios de lo que comúnmente se llama parte.

27 Recomendamos la lectura, para un conocimiento más amplio respecto de estas clasificaciones, del MUE de Prieto-Castro y G. de Cabiedes (ob. cit. supra nota 96, ps. 101 y 102) de donde hemos obtenido los datos expuestos de las mismas.

28 Schmidt, Eberhard: "Los Fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal". Ed. Bibliográfica Argentina-1957 p. 72.

- c) El acusador y el acusado no discuten entre ellos ante el Tribunal, sino que más bien, el presidente del mismo ejecuta su plan de investigación, cuando presente las preguntas al acusador y cuando interroga al acusado.
- d) En el proceso penal no sucede lo mismo que en el procedimiento civil, ya que no se refleja en ningún momento el poder de disposición del acusador y del acusado sobre el objeto del proceso. Esta situación se evidencia claramente en el hecho de que en el procedimiento por delitos de acción pública, no es posible la conciliación o el llamado comúnmente "arreglo".

Todos los conceptos que hemos citado, se resumen claramente en la siguiente afirmación de Schmidt: "...En el proceso penal, por una razón de mayor peso, relacionada con la propia estructura del mismo, no puede hablarse de "partes". Las verdaderas partes discuten ante un Tribunal que resuelve la disputa, pero tienen la posibilidad de transar porque, naturalmente, sus intereses en discusión están sobre un mismo plano de valor..."²⁹

En nuestro Código procesal penal, al realizar un análisis sistemático y gramatical de las normas, se puede determinar que se hace distinción entre *Ministerio público* y *partes*. El Título IV del Libro Primero se refiere al *Ministerio Público*, en forma independiente, en cambio lo referente a las partes tal como lo dice el Código, está referido al Título V del Libro primero, cuando habla de "Partes y Defensores".

Hay una gran cantidad de artículos del código Procesal Penal que siempre distinguen entre partes y Ministerio Público.³⁰

Consideramos que el Código Procesal Penal costarricense no ha incluido al *Ministerio Público* como "parte" (en sentido material desde luego). El propio Código, tal como lo hemos mencionado, distingue el *Ministerio Público* de las partes. Sólo puede considerarse como parte en un sentido formal.

El anterior criterio, que ya ha sido expuesto con anterioridad por otros estudiosos del *Derecho procesal costarricense*,³¹ nos

²⁹ Bis. ob. cit. p. 73.

³⁰ Ver artículos 143, 147, 149, 194, 198, 329, 330, 349, 351, 352 y 354 del Código de Procedimientos Penales.

³¹ Rojas Sánchez, Jorge. "Las partes del proceso penal". En Rev. Judicial N° 1, año 1976, p. 79 s.s. Asimismo, González Esquivel, Jorge. "El problema del monopolio de la acción penal pública en el M.P.". en Revista de Ciencias Jurídicas N° 30. 1976. ps. 59 y ss.

obliga a rechazar la Jurisprudencia establecida por la *Sala Segunda Penal* en sentencia de las catorce horas con cuarenta minutos del seis de marzo en curso,³² que ante una solicitud de revocatoria y nulidad concomitante presentada por el *Ministerio Público* contra una resolución que declaró desierto el *Recurso de casación* por no haber sido mantenido por el M.P., determinó en forma expresa, que el *Ministerio Público* es una "parte" como cualquier otra (en sentido material) dentro del proceso penal, razón por la que no pueden establecerse privilegios en su favor.

En vista del interés que reviste para nuestro estudio la resolución, creemos conveniente transcribir literalmente la resolución de la Sala y los argumentos que expusieron los representantes del *Ministerio Público* al interponer el *Recurso de revocatoria*, que dice lo siguiente:

Recurso de Casación del Ministerio Público interpuesto por el señor fiscal de juicio, Lic. Fernando Cruz Castro:
En causa por estupro, contra Fernando o Luis Fernando Gómez Castillo, en daño de Eileen Alvarez Morales.
Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia:

Jorge Rojas Espinoza y Fernando Cruz Castro, Jefe del Ministerio Público y Fiscal de Juicio, por su orden, con el debido respeto, comparecen a manifestar lo siguiente:

Deserción del recurso del Ministerio Público: Ese Tribunal declara desierto el presente recurso de casación, en auto de las ocho horas del veintidós de enero en curso, por haber vencido "el término de emplazamiento" sin que el recurrente compareciera a mantener el recurso", con aplicación del artículo 468 del Código de Procedimientos Penales en relación con el 479, ib.

Nulidad de la deserción declarada: Con todo respeto para esa Honorable Sala, considera el Ministerio Público, representado por los suscritos, que la mencionada decisión está viciada de nulidad, por las razones que a continuación se apuntan:

El trámite especial para el recurso del Ministerio Público:

³² Ver causa seguida por estupro contra Luis Fernando Gómez Castillo, en perjuicio de Eileen Alvarez Morales.

El artículo 467 del Código de Procedimientos Penales establece un trámite especial para el recurso, tanto de apelación como de casación (Artículo 479), por lo que no rigen para el Ministerio Público las disposiciones del artículo 468 citado:

I.—En cuanto a la incomparecencia en el término del emplazamiento:

La resolución que aquí se impugna dice que: "El término del emplazamiento venció el diecinueve del mes en curso". Este término de emplazamiento es el que acuerda el artículo 478, y la parte apelante "podrá comparecer por escrito antes de que las actuaciones fueren recibidas por el Tribunal". Pero en cuanto al recurso del Ministerio Público, el artículo 467 dice: "... se oirá al Fiscal... en cuanto se reciban las actuaciones...". Es claro, entonces, que el término que corre para el Ministerio Público es el de la audiencia del 467 y no el que contiene el auto de admisión del recurso. La resolución impugnada dice que: "El término del emplazamiento venció el diecinueve del mes en curso", pero lo que ha vencido en ese día es la audiencia conferida por esa Sala, por providencia de las siete horas treinta y cinco minutos del dieciséis de los corrientes, de tres días. No está, pues, obligado el Ministerio Público a comparecer en el término del emplazamiento del auto de admisión del recurso, a que se refiere la relación de los artículos 465, 478 y 468.

II.—*El silencio del Ministerio Público no implica desistimiento del recurso:*

El Ministerio Público puede desistir de los recursos, pero solamente en forma expresa, en dictamen fundado (Artículo 457), por lo que el silencio que guardare respecto de la citada audiencia "no implicará desistimiento" tácito. (Artículo 467).

III.—*La deserción solamente puede ser declarada en cuanto a la parte recurrente:*

El Ministerio Público no es parte recurrente, según el sistema procesal penal en vigor, y por ello los recursos están estructurados de tal suerte que, claramente, se distingue entre las partes y el Ministerio Público, órgano imparcial y requirente. Esta distinción se evidencia en el citado artículo 457, que dice:

"El Ministerio Público podrá desistir de sus recursos...". "También podrán desistir las partes de los recursos deducidos por ellas...". Resulta innecesario, por respeto a ese Tribunal, insistir sobre este extremo que la doctrina se ha encargado de explicar ampliamente, y que nuestro Código ha consagrado.

Dado que el Ministerio Público no es parte, propiamente dicha, en el proceso penal, el trámite especial del artículo 467, para sus recursos de apelación y casación (artículo 479), el principio de legalidad o de no discrecionalidad que informa el artículo 5, y la diversa sanción establecida ante el silencio del Ministerio Público y ante la incomparecencia de la parte recurrente, la deserción de los recursos del Ministerio Público no está autorizada en nuestro Código de Procedimientos Penales.

El artículo 5 reserva a la ley el establecimiento expreso de su propia excepción, la cual no se configura en el artículo 468, que, por lo expuesto, no le puede ser válidamente aplicado al Ministerio Público.

Antecedente de orden histórico:

Un breve resumen, de orden histórico, de nuestra legislación vigente al respecto, ayuda a clarificar el tema:

Bien sabemos que nuestro Código de Procedimientos Penales es copia del de la Provincia de Córdoba de la República Federal Argentina; que ese Código fue reformado y que el nuestro fue adoptado cuando ya aquél había sufrido una reforma total, al influjo innovador del mismo autor, Vélez Mariconde, que junto con Sebastián Soler, se había encargado de redactar el original de 1937.

De esto resulta que el Código de Córdoba, promulgado el 28 de agosto de 1939, no distingue, en esta materia, entre los recursos del Ministerio Público y las partes, de modo que el artículo 502 (sobre casación) remite al 490 (sobre apelación), que autoriza la deserción, declarable de oficio, si "el apelante" no se apersona en "el término del emplazamiento". (Laje Anaya y Peralta. Código de Procedimiento Penal de Córdoba. Concordado, Anotado y Comentado).

Pero ya en la exposición de las directrices que impulsaron esas reformas (de 29 de abril de 1968), parciales en cuanto al sistema mixto establecido, pero que determinaron la promulgación de un nuevo cuerpo legal, se explica lo que sigue:

"Admitida la posibilidad de que el Fiscal de Cámara desista del recurso por el Agente Fiscal, el artículo 486 consagra, para la apelación, un tratamiento jurídico distinto al que corresponde cuando el recurso es interpuesto por una parte, lo que prevé el artículo 487". "Con arreglo a una acordada del Tribunal Superior, el artículo 486 exige que cuando el recurso haya sido interpuesto por el Agente Fiscal, se corra vista al Fiscal de Cámara (por tres días, según el art. 162), para que exprese si mantiene o no el recurso. No sólo se le hace conocer la existencia de la impugnación, sino que, además, se le exige un pronunciamiento expreso. Su mero silencio (el hecho de no contestar la vista en término) no vale como desistimiento, sin perjuicio de que la Cámara imponga sanción disciplinaria por omisión de un deber legal. En otros términos, quedará, entonces, en vigencia el recurso ya interpuesto por el Agente Fiscal". "Con respecto al M. Fiscal, pues, no se autoriza el mismo trámite dispuesto (deserción) por mera incomparecencia del apelante".

Lo transcrito anteriormente está referido al recurso de apelación, pero tiene igual validez para el de casación, respecto del cual Vélez Mariconde explica: "La modificación sobre el trámite del recurso (art. 498) que será igual al de la apelación se basa en nuestras últimas experiencias...".

En nuestro Código el trámite del recurso de casación, también, es igual al de apelación, según el artículo 479, con la diferencia que el término para informar es de diez días, en vez de cinco del 469.

Petición:

En virtud, pues, de lo expuesto, la resolución de esa Sala de las ocho horas del veintidós del presente mes la estiman los suscritos nula, por errónea aplicación del artículo 468, por no estar autorizada la deserción en cuanto al recurso de apelación y de casación del Ministerio Público; por ser contraria al artículo 5, ya que hace cesar el ejercicio de la acción penal, sin disposición legal al respecto, con infracción, además, del artículo 467, según el cual el silencio del Fiscal "no implicará desistimiento", de modo que a pesar de él, el recurso mantiene su vigencia.

a) *Revocatoria:*

Puesto que la deserción implica la caducidad del recurso y ha sido resuelta sin sustanciación alguna, constituye, así, un artículo del proceso, en los términos del artículo 460, que distingue entre incidente y artículo del proceso, ya que no se justifica, de otra manera, el empleo allí de dos vocablos unidos con la misma significación procesal, ya que, más bien, la o, ("incidente o artículo del proceso") tiene una función disyuntiva, en previsión de los diversos momentos procesales que han de ser resueltos o que se resuelven sin la previa formulación de un incidente, propiamente, y sin ninguna sustanciación. Por esto los suscritos, con todo respeto, solicitan se revoque el citado auto de las ocho horas del 22 de este mes, por las razones arriba expresadas.

b) En subsidio de la revocatoria, alegan los suscritos la nulidad de la mencionada resolución de esa Sala (ocho horas del veintidós de enero de 1979), con base en el razonamiento anterior, y con aplicación de la conminación genérica de nulidad del artículo 145, inciso 2º, respecto de la inobservancia de las disposiciones concernientes a la intervención del Ministerio Público en el proceso, ya que esa Sala le ha puesto término a la acción penal ejercida, mediante la deserción declarada del presente recurso de casación, con infracción del artículo 5 y por indebida aplicación del 468. Por ello piden, respetuosamente, se declare la nulidad de esa resolución.

Se aclara que todos los artículos citados son del Código de Procedimientos Penales.

Muy atentamente ruegan resolver de conformidad.

San José, 24 de enero de 1979.

(f.) Jefe del Ministerio Público

(f.) Fiscal Quinto de Juicio

—*—

Sala Segunda Penal de la Corte de Justicia. San José, a las catorce horas cuarenta minutos del seis de marzo de mil novecientos setenta y nueve.

Vista la solicitud de revocatoria y nulidad que contra la resolución de esta Sala de las 8:00 horas del 22 de enero último, interponen el señor Jefe del Ministerio Público, Licenciado Jorge Rojas Espinoza y el Fiscal Quinto de Juicio, Licenciado Fernando

Cruz Castro, dictada en la presente causa seguida contra Fernando o Luis Fernando Gómez Castillo, procesado por el delito de estupro en daño de Eileen Alvarez Morales; y,

Considerando:

I.—Los artículos 467 y 468 del Código de Procedimientos Penales, establecen dos situaciones procesales distintas. El primero de ellos se refiere a los recursos interpuestos por el Agente Fiscal en cuyo caso se oirá al Fiscal del Tribunal de Apelación para que exprese si lo mantiene o no. El segundo caso, artículo 468, *se refiere a todas las partes del proceso, desde luego entre ellas al Ministerio Público*, que deben mantener su recurso dentro del término del emplazamiento y de no hacerlo él mismo se declarará desierto. Tanto el Jefe del Ministerio Público, Fiscal de Juicio o Agentes Fiscales, caso de recurrir en casación deben comparecer dentro del término respectivo a mantener sus recursos, pues de mantenerse la tesis contraria sería crear en favor de esos funcionarios un privilegio procedimental que la ley no les brinda, y como lógica consecuencia, un desequilibrio procesal entre las partes, que la ley no propicia. (El subrayado no es del texto original).

En consecuencia, estima este Tribunal que la resolución atacada debe mantenerse por estar ajustada a derecho. Debe establecerse, conforme ya se resolvió, concretamente para el futuro que el recurso de casación debe ser mantenido por el recurrente, como lo exige la Ley, so pena de deserción. (Ver como antecedente resolución de esta Sala N° 27 A de 10:000 horas del 1° de abril de 1977).

Por tanto:

Se declara sin lugar la revocatoria y nulidad concomitante formuladas.

—*—

Conclusiones:

Resumiendo lo que se ha expuesto anteriormente, podemos afirmar que el Ministerio Público *no es parte* (en sentido material) sino solamente en sentido formal. Esta tesis es compartida por múltiples autores, entre los cuales podemos señalar a Vélez Ma-

riconde (prácticamente el creador de nuestro Código Procesal Penal), así como Prieto-Castro y Eberhard Schmidt, quienes prefieren denominarlo "sujeto procesal", entre otros que ya fueron citados en este trabajo.

En razón de lo dicho, y atendiendo a las mismas normas procesales contenidas en nuestro actual Código de la materia, no puede pretenderse que la distinción en el trato que brindan al Ministerio Público algunas de las normas referidas (*v.g.* el art. 467 del C.P.P.) establezca "un desequilibrio procesal entre las partes que la ley no propicia", cuando precisamente la ley, apoyada en la doctrina, separa al Ministerio Público de la categoría de parte (en sentido material).

PROTECCION Y PROMOCION DE LOS DERECHOS HUMANOS*

Dr. Rodolfo Piza Escalante

Profesor de Derecho Público
Presidente de la Corte Internacional
de Derechos Humanos
Embajador de Costa Rica
en las Naciones Unidas.

* Declaración ante el ECOSOC: Economic and Social Council (Consejo Económico y Social) de la ONU; Nueva York, 3 de mayo de 1979.

La Delegación de Costa Rica tiene especial interés en los trabajos del presente período de sesiones del Consejo Económico y Social relacionados con la protección y promoción de los Derechos Humanos, por varias razones fundamentales:

En primer lugar, por el largo e indeclinable compromiso que el pueblo de Costa Rica, por encima de todos sus cambios de Gobierno y de todos sus intereses, tiene contraído con los Derechos y libertades fundamentales de la persona humana, como sujeto último de todo el derecho, inclusive del internacional;

En segundo lugar, porque mi Delegación considera que los derechos humanos, no solamente han ingresado total e irreversiblemente en la esfera del orden internacional, sino que constituyen uno de los pilares sobre los que se asienta ese nuevo orden internacional, porque son condición esencial de los derechos de los pueblos y de los Estados y la única garantía segura de la paz y seguridad internacionales;

En tercer lugar, porque mi Delegación ha venido siendo desde hace más de 12 años impulsora del proyecto para crear un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, cuyo examen primero en la decisión tomada en 1977 por la Asamblea General y después explícitamente en la resolución N° 33/105, fue encomendado por el órgano máximo de nuestra Organización a la Comisión de Derechos Humanos cuyo informe es ahora objeto de análisis.

Estas mismas tres razones me impulsan a plantear algunas observaciones importantes sobre el informe y los trabajos de la propia Comisión de Derechos Humanos y sobre su desarrollo en el seno de este Consejo y de las Naciones Unidas en general:

- 1) El desarrollo del tema de los Derechos Humanos en el ámbito de las Naciones Unidas ofrece, a nuestro juicio, un espectáculo paradójico en el que, al lado de grandes logros institucionales en el campo de las definiciones, (por ejemplo en la Carta de San

Francisco, en la Declaración Universal, en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en las resoluciones, declaraciones y convenios relativos a aspectos específicos, como los derechos de la mujer y del niño, de los trabajadores y refugiados, o la lucha contra la discriminación racial, etc.) hay sin embargo una realidad política que convierte la lucha por los derechos humanos en un instrumento de propaganda, en que muchos de los grandes violadores de los derechos humanos se rasgan sus vestiduras, presentándose como campeones de los mismos, cuando no en una acción de una sola vía, en que se condenan y se persiguen las violaciones de los derechos humanos únicamente cuando son perpetradas por regímenes que no cuentan con las simpatías políticas de una mayoría aritmética, mientras se callan y hasta se aplauden cuando lo son por miembros circunstanciales de esas mayorías. Esta paradoja tuvo un ejemplo crítico reciente en el caso de Camboya o Kampuchea Democrática, en que una serie casi inimaginable de violaciones masivas de los derechos humanos de ese pueblo, denunciada persistentemente por delegaciones que hoy constituyen una minoría dentro de las Naciones Unidas, encontraba invariablemente el amparo de la mayoría, mientras el régimen político de esa nación se ubicaba en la esfera de influencia de esa mayoría; pero, tan pronto dejó de estarlo, entonces sí, tardíamente, las violaciones de los derechos humanos del régimen de Pol Pot se volvieron importantes y empezaron a aducirse inclusive para justificar la clarísima agresión de Viet Nam a ese país.

2) Esta triste realidad, lamentable de por sí, ha traído dos clases de consecuencias graves, que claramente se reflejan en el proceso de los Derechos Humanos, tanto a nivel de la Asamblea General, como en el específico de la Comisión de Derechos Humanos y del ECOSOC: la primera es la resistencia a establecer mecanismos generales adecuados que garanticen mejor la protección y promoción de los derechos humanos, sobre todo de los derechos del ser humano frente a la autoridad, sea esta nacional, extranjera o internacional. No quiero decir con esto que no se hayan creado algunos mecanismos de relativa eficacia, sino que estos se han creado solamente, sea para casos concretos que caen dentro de la definición de los derechos humanos de una sola vía, como ha ocurrido en el caso de Chile, con la expresa negativa a la posibilidad de convertirlos en mecanismos de aplicación general, o sea, cuando los ha habido generales, con la expresa condición de que

tienen que ser aceptados por los propios Estados acusados de violar los derechos humanos.

La segunda consecuencia a nuestro juicio más grave todavía, es la tergiversación del concepto mismo de derechos humanos, con el propósito evidente de ponerlo al servicio de los intereses políticos de determinados Estados.

3) Esta tergiversación se ha hecho en dos sentidos: uno, al mezclar y confundir indebidamente dos clases de derechos humanos, que son igualmente importantes y que deben promoverse con igual intensidad que inclusive son interdependientes, pero que tienen jurídicamente una significación, un alcance y una aplicación sustancialmente diferentes: por una parte, los "derechos de libertad", como son los civiles y políticos, derechos del ser humano *frente a la autoridad y, por lo tanto, excluyentes de la acción estatal*, que son los únicos "violables", en el sentido de que son los únicos que establecen una esfera de libertad que el Estado está obligado a respetar y hacer que se respete; por la otra, los "derechos sociales" o "derechos al bienestar", como son los económicos, sociales y culturales, derechos del ser humano no frente a la autoridad sino a la acción de la autoridad y del Estado y, por lo tanto, que obligan al Estado a actuar en forma tal que asegure su realización; estos últimos, como aspiraciones que son a una sociedad mejor, son derechos que pueden cumplirse o no cumplirse, de manera mejor o peor, pero que por su naturaleza no se respetan ni se violan.

Esa misma diferencia de naturaleza determina mecanismos de eficacia totalmente diferentes: los derechos de libertad se protegen; los derechos al bienestar se promueven. Por esto mismo, la jurisdicción, tanto la nacional como la internacional, en materia de derechos humanos, no puede referirse más que a los Derechos de libertad, como lo reflejan claramente los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: sólo respecto del primero existe, por lo menos embrionariamente, una jurisdicción (en el caso concreto, el Comité de Derechos Humanos), que debe aceptarse de conformidad con el Protocolo Facultativo del mismo. En cambio, para los derechos al bienestar o derechos económicos, sociales y culturales, sólo pueden existir mecanismos de promoción y de cooperación internacional, como el que acaba de establecer el ECOSOC, y obligaciones de carácter pro-

gramático de los Estados y de la comunidad internacional, como la de adoptar las medidas constitucionales, legislativas, administrativas y económicas necesarias para promover su realización progresiva, o como la de establecer mecanismos de cooperación y de mayor justicia que permitan a los pueblos su pleno desenvolvimiento y el más justo reparto de la riqueza.

Este manipuleo político se ejemplifica, no solamente en discursos e intervenciones, sino también en el sentido y contenido mismos de resoluciones importantes, como la de la Asamblea General N° 32/130 de 1977, que consagró el principio de que "todos los derechos humanos son indivisibles y de que, en consecuencia, "la plena realización de los derechos Civiles y Políticos sin el goce de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resulta imposible". Obviamente, si esa indivisibilidad de los derechos de libertad y de los derechos al bienestar fuera verdad, los derechos de libertad carecerían de sentido, peor aún si a la indivisibilidad se agrega la franca subordinación que esa resolución plantea y que se observa todos los días en la acción de las Naciones Unidas, subordinación de los derechos de libertad a los derechos al bienestar; porque entonces, ante cualquier violación de los primeros, se contesta con el pretexto de que aún no se han logrado las condiciones económicas y sociales que hagan posible respetarlos y cumplirlos, cuando no se utiliza el otro recurso de contraatacar alegando que en otros países también se violan los derechos humanos porque no se hayan podido realizar a plenitud los derechos al bienestar que son, por definición, una meta lejana, acaso siempre inalcanzable.

4) La otra tergiversación, montada sobre la primera, ha consistido en la creación artificiosa de una especie de derechos humanos "colectivos", entre los que se incluyen también derechos de los pueblos y de las naciones, que solo son humanos indirectamente, con la consecuencia de que, en virtud de ese artificio, se sostiene que solamente esos derechos colectivos pueden ser materia de una acción internacional y de que, en cambio, los derechos humanos no colectivos, que son los verdaderos derechos humanos propiamente tales, como derechos cuyo sujeto es el ser humano como tal, se dejan a la jurisdicción interna de los mismos Estados responsables de sus violaciones. El juego político que se asoma detrás de este artificio es claro y comprensible; lo que no lo es:

que la acción de nuestra organización internacional, que se supone autónoma y preocupada por la verdadera protección y promoción del hombre frente a la arbitrariedad y a la injusticia, se preste dócilmente a esas argüceas. Basta echar una hojeda a las actas y resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos y a la agenda de la presente reunión del ECOSOC, para darse cuenta del notable desequilibrio que presentan, en calidad y cantidad, en los sentidos señalados.

5) No quiero que nuestro pesimismo se interprete como negativa a aceptar algunos logros positivos en algunos campos importantes en materia de derechos humanos, ni como reticencia a reconocer que algunas de las resoluciones y proposiciones adoptadas por la Comisión de Derechos Humanos se ubican claramente en el buen sentido. (Dentro de ellas, creo que debo mencionar la satisfacción que me causa como Centroamericano la resolución 14 (XXXV) que condena enérgicamente la violación masiva de los derechos y libertades fundamentales del pueblo de Nicaragua por el Gobierno de ese país, materia en que los costarricenses estamos definitivamente al lado de nuestros hermanos nicaragüenses); es más bien una respetuosa llamada de atención sobre lo mucho que falta por hacer y, especialmente sobre una peligrosa y regresiva tendencia general que, todo lo contrario de acercarnos a las grandes metas que recoge la Carta de San Francisco y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, parece querer lanzar a nuestra Organización por la misma pendiente que dio al traste con la liga de las Naciones.

6) Uno de los ejemplos más claros de esa actitud inconsecuente, es lo ocurrido con el proyecto de creación de un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: de sus ambiciosas proporciones originales, que planteaban la creación de una verdadera autoridad ejecutiva internacional para la protección y promoción de los derechos humanos, al modo de una especie de procurador o fiscal general o del ombudsman escandinavo, el legítimo interés de los patrocinadores del proyecto de lograr por lo menos un modesto paso hacia adelante, les llevó a ir reduciendo progresivamente sus alcances hasta convertir al Alto Comisionado prácticamente en un simple mediador y promotor. En este sentido, lo que ahora está planteado es sencillamente la nece-

sidad de que, al lado de la Comisión de Derechos Humanos y sin interferirla, exista un funcionario ejecutivo de alto nivel, subordinado por supuesto al Secretario general de las Naciones Unidas, que realice permanentemente y sin condicionamientos políticos, la labor de promoción de los derechos humanos que tanta falta hace. En este sentido, carece de importancia si se llama Alto Comisionado, Subsecretario General u otro nombre semejante.

Sin embargo, ni aún estas modestísimas proposiciones parecen haber satisfecho la enemiga de quienes quieren seguir utilizando los derechos humanos sólo como un arma de propaganda a la medida de sus intereses políticos circunstanciales y, por eso, rechazan sistemáticamente todo esfuerzo institucional o práctico en favor de los verdaderos derechos humanos que son, valga repetirlo, los que se reconocen, no se otorgan, al ser humano frente a toda autoridad y, sobre todo, frente a la propia autoridad a la que está sujeto inmediatamente, que es la autoridad del Estado bajo cuya jurisdicción reside; la enemiga de quienes enarbolan el principio de no intervención y el derecho de libre determinación de los pueblos, no para garantizar a estos su soberanía y posibilidades reales de autodeterminarse, sino para garantizar la tranquilidad e impunidad de los regímenes que los oprimen; la enemiga de quienes se autoproclaman defensores de los derechos humanos y no tienen inconveniente en patrocinar declaraciones y resoluciones románticas o inclusive en suscribir pactos sustanciales llenos de buenas intenciones, pero se niegan invariablemente a rendir o a que se les pidan cuentas de su cumplimiento.

7) El proyecto para la Creación de un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, después de haber sufrido dilaciones sucesivas durante diez años, en 1977 sacó del escenario de la Asamblea General mediante una decisión de la 68ª sesión de la Tercera Comisión, de "no votar el proyecto de resolución que figura en el documento A/C.3/32/L.25/Rev. 1, en el entendimiento de que la propuesta contenida en él y todos los documentos que a ella se refieren y que han sido considerados por la Tercera Comisión durante el trigésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General, así como las opiniones expresadas en el debate respecto a dicha propuesta, serán remitidos a la Comisión de Derechos Humanos para su consideración en el venidero trigésimo cuarto período de sesiones de la Comisión, en el curso del

análisis general que éste debe emprender respecto de los distintos criterios y medios posibles para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales". En virtud de la resolución de la Asamblea General N° 32/130, párrafo resolutivo 2, ese proyecto, entre otros, debía ser considerado por la Comisión de Derechos Humanos y las conclusiones y recomendaciones correspondientes sometidas, por conducto del ECOSOC, a la Asamblea General en su trigésimo cuarto período de sesiones (1979).

8) Ante el temor justificado, y ahora comprobado, de que la Comisión de Derechos Humanos no pudiera o no quisiera avanzar en el estudio del proyecto, mi Delegación lo presentó una vez más a la Asamblea General en su trigésimo tercer período ordinario (1978). Nuevamente la proposición se encontró con la oposición sistemática de las mismas delegaciones de siempre, hasta que, finalmente, se produjo por consenso una resolución procesal, la N° 33/105, que requirió expresamente a la Comisión de Derechos Humanos "tomar en cuenta, en la continuación de su labor de análisis global, los puntos de vista expresados sobre las diferentes propuestas presentadas durante el debate general sobre este tema en el curso de la presente sesión, así como en el de la trigésima segunda sesión de la Asamblea General, inclusive la de un cargo de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos".

9) Sin embargo, todo lo que la Comisión pudo hacer sobre este tema se refleja en el párrafo 13 del capítulo III del proyecto de resolución sometido a la atención del ECOSOC, que dice:

"13.—*Toma nota* de la resolución 33/105 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1979 etc... y de que la Comisión no pudo llegar a un acuerdo sobre esta última cuestión".

Esta conclusión resulta más descorazonadora todavía si se observa que, consta en el punto N° 197 del informe de la Comisión de Derechos Humanos, expresamente se suprimieron las palabras "sin perjuicio de ulterior examen" y las palabras "no pudo" que quedaron en el texto del proyecto de resolución poniéndole una especie de losa sepulcral.

10) Mi Delegación por su parte, no puede hacer otra cosa que "tomar nota" a su vez del estado de la cuestión, y de que no parece posible augurarle todavía muchos éxitos a ningún esfuerzo serio que implique un paso adelante en la realización del principio recogido ampliamente en la Carta, en la Declaración Universal y en los Pactos, de que la lucha por los derechos humanos, por los derechos del hombre, frente y ante la autoridad, son materia de la jurisdicción de la comunidad internacional, que es la única que puede garantizarles porque es la única que no es frente a ellos juez y parte a la vez. Sin embargo, no bajaremos esta bandera con la que estamos integral, profunda y sinceramente comprometidos; seguiremos insistiendo, donde quiera que se nos oiga y aunque no se nos oiga, en ese y todos los proyectos tendientes a garantizar el respeto y realización de los derechos y libertades fundamentales del hombre, de todos y de cada uno de esos derechos, para todos y para cada uno de los seres humanos, en todos y cada uno de los rincones de la tierra. Los fracasos temporales no hacen más que fortalecer nuestro espíritu; y esta clase de fracasos, reafirmarnos en la convicción de que luchamos por la razón y justicia.

APUNTES SOBRE EL LENGUAJE JURIDICO (III):*

ALTERNATIVAS PARA EL INTERPRETE

(Elementos de opción)

Dr. Enrique P. Haba

Profesor de la Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica.

Investigador honorario de la
Alexander von Humboldt-Stiftung

* Los artículos precedentes de la serie aparecieron en los dos anteriores números de esta Revista: *Apuntes sobre el lenguaje jurídico (I): De la lengua común a la letra de las leyes* (Nº 37, enero-abril 1979, p. 11-93); *Apuntes sobre el lenguaje jurídico (II): El problema de la precisión* (Nº 38, mayo-agosto 1979, p. 225-317).

SUMARIO: 33. Visión general. A) LA NATURALEZA DE LA INTERPRETACION JURIDICA: 34. El concepto de interpretación. 35. El sentido del "sentido": a) su carácter convencional. 36. Continuación: b) tipos. 37. Conclusiones. B) OPCIONES AL INTERPRETAR: 38. Sentido vulgar y sentido técnico-jurídico. 39. Sentido estricto y sentido amplio. 40. Teoría de la identidad y teoría de la indicación. 41. La doctrina del "sens clair": noción general. 42. Tipos de "sentido claro" (Clauss). 43. La teoría del nombre. Un enfoque "hermeneúutico" (Müller). 44. Conclusión. C) EL FUNDAMENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS INTERPRETATIVOS EN EL DERECHO: 45. La idea de "Autoridad". 46. Clases de Autoridad. 47. Síntesis. 48. Problemas de la interpretación jurídica. 49. Autoridad-persona. 50. Autoridad-idea. 51. Alternativas en el plano del tiempo. 52. Influencia de las Autoridades en la determinación de los procedimientos interpretativos. 53. Conclusiones. D) LOS RESULTADOS DE LA INTERPRETACION JURIDICA: 54. Función positiva y función negativa del texto legal (su interpretación como punto de partida, como límite y como orientación). 55. Extensión y restricción. 56. Retórica. 57. Ideología, política. 58. La oposición entre método interpretativo y retórica. CONCLUSION: 59. Síntesis de las principales conclusiones.

155 - 168
192 - 220

SI

§ 33. VISION GENERAL

En el artículo anterior llegamos a la conclusión de que el actual lenguaje del derecho es bastante preciso en muchos casos y menos preciso en otros (*supra* II, § 32 *in fine*). En el presente artículo examinaremos más de cerca la segunda de estas posibilidades, aquellos casos en que las formulaciones jurídicas admiten dos o más interpretaciones. Nos interrogaremos, en particular, sobre los tipos de sentidos que pueden serle adjudicados a los textos legales⁸⁷ al interpretarlos. Y luego trataremos de indicar las bases racionales que subyacen a la elección entre esos tipos. Vamos a adelantar ahora las líneas centrales que seguirá nuestra exposición.

Deberemos precisar, ante todo, el concepto mismo de "interpretación". Luego podremos entrar de lleno en nuestro tema, señalar alternativas a las que se enfrenta aquel que busca comprender el lenguaje jurídico. Quando el intérprete trata de determinar el sentido que tiene un texto legal, por lo pronto puede hallarse ante opciones como las siguientes: elegir, para las expresiones de la ley, entre un sentido vulgar y un sentido técnico-jurídico; o bien, elegir entre sentidos más amplios y más estrechos. Puede preguntarse, además, si el sentido normativo de la ley se agota en lo que corresponde a su mera interpretación literal o si al texto le corresponden asimismo contenidos jurídicos que deben ser aprehendidos de alguna otra manera; y en este último caso habría que saber, también, qué relaciones mantendrán el o los sentidos textuales con otros que no lo son tanto.

En cuanto a las relaciones —sean de jerarquía o de complementación— entre un significado textual y otras clases de sentidos, a menudo se invoca el principio de acuerdo al cual el "sentido claro" (*sens clair*) de la letra, su significado inequívoco, debería predominar sobre cualesquiera otros sentidos posibles. Sin embargo,

⁸⁷ Del mismo modo que en los artículos anteriores, también en éste tomaremos en general las palabras "ley" o "legal" en un sentido muy amplio, esto es: para referirnos en principio a cualesquiera disposiciones de un derecho positivo, sea cual fuere la jerarquía formal y la fuente de ellas, y pensando fundamentalmente en ordenamientos jurídicos como los actuales.

los criterios mismos para determinar si la letra es "clara" o "poco clara" dependen, en definitiva, de la finalidad y perspectiva del intérprete, del punto de vista en cual *éste* se ubique. En realidad existe un extenso espectro de variantes del "sentido-claro", diferentes criterios utilizados para apreciar la claridad y en general la precisión de un texto jurídico.⁸⁸ Para determinar de una manera propiamente racional el sentido de esos textos, sería necesario comenzar por elegir, entre los numerosos puntos de vista posibles, *un* criterio básico; y procurar que éste sea tan preciso como para servir de guía a procedimientos interpretativos bastante unívocos.

En definitiva, el manejo de la interpretación en el derecho plantea dos principales clases de problemas: el de la *dirección* (orientación) que ella debería seguir, y el del *alcance* (límites, relevancia jurídica) que habría que reconocerle a los contenidos normativos captados de esa manera. Por nuestra parte, creemos que estas cuestiones no pueden ser resueltas de una manera propiamente metódica si la *base* misma, en función de la cual se procede a elegir entre los sentidos posibles, no se encuentra *pre-determinada* en una forma inequívoca. A esa base le daremos el nombre de *Autoridad*, sea cual fuere su naturaleza, porque de dicho fundamento depende (racionalmente) la *decisión* entre las alternativas abiertas al intérprete.

Quiere decir que, para resolver *metódicamente* tales alternativas, habrá que partir de una Autoridad bien precisada, preestablecida como finalidad básica de la interpretación, y atenerse a los criterios lingüísticos (intersubjetivamente controlables) que sean adecuados en razón de la Autoridad reconocida. Según el carácter de ésta, será el alcance que se le reconozca a cada alternativa, como así también las relaciones (de jerarquía y/o de complementación) entre tales alternativas. Es eso lo que, en última instancia, determina en qué forma se aprecian los resultados de una interpretación: letra clara u oscura, interpretación extensiva o restrictiva, etc.

Por lo demás, la posibilidad de desarrollar tantas interpretaciones distintas se presta, si la Autoridad no se halla suficientemente predeterminada y precisada, a que el razonamiento interpre-

⁸⁸ La generalidad de los autores, cuando se refieren a disposiciones jurídicas, utilizan como sinónimos las palabras "claridad" y "precisión". Pero conviene no perder de vista que, según vimos (*supra* II, § 16), puede haber diferencia entre lo mentado por ambos términos, si su contenido conceptual es delimitado con más rigor.

tativo se vuelque hacia usos de carácter retórico. Por ese camino, el derecho pierde toda condición científica; la "técnica" jurídica se limita entonces a cumplir el papel de un expediente lo bastante elástico para servir de justificación a aquellos resultados que el intérprete pueda considerar más deseables, en función de tales o cuales ideologías político-sociales. Si ese empleo de la interpretación como expediente retórico ha de ser evitado, hasta donde esto es posible, entonces sería indispensable fundamentar la intelección de los textos jurídicos en Autoridades precisadas al máximo.

SECCION A):

LA NATURALEZA DE LA INTERPRETACION JURIDICA

§ 34. EL CONCEPTO DE INTERPRETACION

La interpretación jurídica puede aplicarse a distintas cosas. En efecto, no hay sólo interpretación de las leyes, sino también de otras fuentes de derecho: reglamentos administrativos, sentencias judiciales, negocios jurídicos, etc. Inclusive pueden ser "interpretadas" fuentes no escritas: por ejemplo, la *costumbre* jurídica. Por otro lado, está la interpretación de los hechos mismos, de datos de la realidad que se consideran relevantes desde el punto de vista jurídico: por ejemplo, cuando para determinar si alguien cumplió con cierta obligación, se pregunta si determinada conducta u omisión, de esa persona, fue realizada de buena o mala fe.

Por nuestra parte, nos limitaremos a enfocar la interpretación de *textos* de derecho, tomando como ejemplo sobre todo las leyes (*supra*, n. 87). Sin embargo, tampoco a este respecto reina unanimidad entre los juristas, sobre lo que ellos entienden por "interpretación". La idea que se tenga al respecto puede ser más amplia o más restringida, tanto por lo que se refiere al objeto como al sujeto de dicha actividad.

En cuanto al *objeto*, ^{del derecho} algunos entienden que "interpretación" jurídica es toda actividad dirigida a aprehender un sentido normativo a partir de textos del derecho positivo. Otros, en cambio, consideran que no hay una interpretación propiamente dicha más que allí donde esos textos ofrecen dificultades de comprensión, faltas

de "claridad"; es decir, cuando la letra da lugar a dudas (legítimas) acerca de si es aplicable o cómo es aplicable a ciertas situaciones.

En cuanto al *sujeto*, al "órgano" que puede hallarse encargado de verificar la interpretación, en general se admite que el derecho puede ser interpretado por cualquiera, por quien tenga necesidad de hacerlo: el juez, los abogados, los particulares, etc. Todos ellos "interpretan" la ley; extraen un sentido normativo de ella, para tomarlo en cuenta llegado el caso (cf. BATIFFOL, p. 13), aunque el grado de "obligatoriedad" de esa interpretación puede ser distinto según quién la haga. Algunos autores, sin embargo, prefieren reservar el uso de la palabra "interpretación", tomada en sentido propio, para aquellos casos solamente en que dicha actividad es cumplida por órganos del poder público: el juez, la administración, etc.

Esos diversos puntos de vista pueden aparecer combinados de diferentes maneras: combinación de una noción amplia o restringida en cuanto al objeto, con una noción amplia o restringida en cuanto al sujeto. La elección entre tales posibilidades es más o menos arbitraria, convencional. Se trata, en resumidas cuentas, de una mera cuestión terminológica, subordinada a lo que se juzgue más conveniente para la comunicación.

Por nuestra parte, adoptaremos un concepto amplio, tanto acerca del objeto como del sujeto de la interpretación. En cuanto al objeto, porque entendemos que es del fundamento (Autoridad) presupuesto, a la hora de interpretar un texto, que va a depender si éste será considerado como "claro" u "oscuro". Diremos, pues, que *toda ley tiene que ser interpretada*, para captar su sentido jurídico. Y en cuanto al sujeto, no vemos ventaja en descartar *a priori* las formas de conocimiento de la ley que pueden ser utilizadas por los particulares interesados en la aplicación del derecho: la doctrina, los abogados, las partes en el proceso, etc.; por eso, también a ese respecto nos afiliaremos al punto de vista amplio (Por lo demás, las "interpretaciones" de todos aquéllos se hacen presentes también en el razonamiento del juez, quien con frecuencia las tiene en cuenta, aunque sea para discutir las).

Como dice CAPELLA, "el uso comunicativo, no teórico, del lenguaje, exige la utilización interpretativa. Esa interpretación, en su forma más lata, consiste en relacionar un signo con lo significado por él. Una interpretación rigurosa, exenta de va-

guedad, sólo se consigue en la semántica formalizada. Fuera de ella, en que lo significado por los términos objeto de interpretación son entidades lingüísticas, interpretar es poner en relación entidades lingüísticas con entidades no-lingüísticas, cosa que implica, en el caso del lenguaje natural, el recurso a las imprecisas convenciones del idioma para recuperar la relación entre lenguaje y realidad. Un texto legal no puede pasar sin interpretación, en este sentido lato, y nunca es posible determinar *a priori* que esta interpretación no exija decisiones más o menos arbitrarias" (p. 249-250).

En síntesis, hemos de atenernos al siguiente concepto general: interpretar la ley, es una actividad del pensamiento —o el resultado de dicha actividad— por medio de la cual un individuo (cualquiera) propone un sentido jurídico, imputándolo como contenido semántico a la fórmula de un texto legal.

interpretación amplia
La interpretación como paráfrasis. Puede decirse que la interpretación, en la medida en que sus resultados se exponen en términos que difieren del texto mismo de la ley interpretada, consiste en una paráfrasis de ésta. (Cf. *supra* II, n. 46 *in fine*, la definición de "interpretación" dada por NAESS, en donde ese carácter de paráfrasis resalta de modo muy patente). Se trata, pues, de una "transformación" lingüística, en que el texto legal es reemplazado por otra formulación, considerándose que ésta constituye el (o al menos un) "sentido" del precepto en cuestión.

"Cuando voy más allá de una proposición, para buscar su sentido, hallo otras proposiciones... Quiero decir que eso que yo llamo voluntad, pensamiento, espíritu, intención, es aprensible sólo en el momento en que se expresa en palabras o de alguna manera en signos, es decir, al iniciar su vida en el mundo de la comunicación intersubjetiva" (BOBBIO 50, N° 9 *in fine*, p. 358-359).

"En la interpretación de un texto legal se trata, atento a lo perseguido por su intermedio, de la 'construcción de una paráfrasis', el intento de sustituir un texto lingüístico por otro texto lingüístico y establecer relaciones entre esos textos lingüísticos y un texto global. El texto legal mismo puede entenderse como una paráfrasis abierta de la Constitución, cuando aquél es conforme a ésta. Paráfrasis completas de un texto legal se elaboran raramente en la interpretación: sólo en forma parcial se lleva a cabo un despedazamiento, desmembramiento, del texto original, y su traducción; eso en la medida en que ello tenga relevancia para comprobar si un texto concreto es, como 'descripción del caso', una paráfrasis del texto legal" (GRIMMER, p. 41).

← idea
la interp
no se pue
interpret
complet

En el mismo sentido, VILLA señala que: "La interpretación es una operación de carácter semántico que conduce a la determinación de un significado posible del enunciado" (VIO-
LA/VILLA/URSO, p. 157). "La elección efectuada por el juez, es un proceso de naturaleza psicológica, guiado por reglas. Definimos estas últimas como reglas de transformación del lenguaje jurídico, en cuanto consienten el desenvolvimiento de la inferencia por la cual el enunciado legislativo 'se transforma' en la norma jurídica propiamente dicha" (*ib.*, p. 159). Cf. VIOLA/VILLA/URSO, Parte II, todo el cap. III.

Por otro lado, WOLFFERS puntualiza que la interpretación jurídica se diferencia de la interpretación de un actor, por el hecho justamente de que la primera, "como medio interpretativo, utiliza siempre *otras* palabras que aquellas que corresponde interpretar" (p. 7).

En definitiva. Necesita ser interpretada toda ley, para que resulte comprensible. Cualquiera que comprende una ley, la está interpretando. Se trata de determinar, por medio de tal operación, el sentido (*meaning, Bedeutung*) jurídico de las leyes. Pero, ¿de qué "sentido" se trata?

§ 35. EL SENTIDO DEL "SENTIDO":

a) SU CARACTER CONVENCIONAL

El término "sentido" es de lo más polisémico (cf. dicho vocablo en el Vocabulario LALANDE). Aquí lo entenderemos de acuerdo a una acepción muy amplia. Indica, para nosotros, todo contenido intelectual que se halle ligado al texto de una ley, en la medida en que se considere que dicho contenido *corresponde*, de una u otra manera, al precepto en cuestión.

→ Nos referimos, pues, al "sentido" en cuanto dimensión *semántica*, es decir, como significado de una expresión lingüística, compuesta de una sola palabra o de un conjunto (más o menos numeroso) de palabras. Ahora bien, antes que nada conviene tener presente que dichos sentidos son todos de carácter *convencional*, puesto que los signos lingüísticos no son otra cosa que "símbolos" (gráficos o acústicos) convencionalmente vinculados (por estipu-

89 Para lo que será expuesto en este párrafo, conviene tener presente en forma general lo desarrollado en el primer artículo de la serie.

lación o por costumbre) a ciertas acepciones. Quiere decir que, en el lenguaje, la relación *significante* (signo) ↔ *sentido* (significado), no constituye, en cada caso, ni una necesidad lógica ni el reflejo de una ley de la naturaleza, sino un producto más o menos contingente. Y es eso lo que explica, en definitiva, que una misma fórmula lingüística pueda ser interpretada, llegado el caso, en forma distinta; esto es, que al mismo *significante* le puedan ser imputados diferentes sentidos, ya sea al mismo tiempo (*polisemia*) o a lo largo de una evolución histórica. El problema del intérprete no es otro, pues, que el siguiente: ¿a qué convenciones le corresponde atenderse frente a un texto dado, al elegir el o los significados que corresponden para ese texto?

Sobre el carácter convencional que es propio de todo lenguaje humano, cf. esp. WILLIAMS, Nos. 1, 2, 6.1-2 y *passim*. Cf. también CARRIÓ 65 (Parte III I y p. 121) y BECQUART (Nos. 1-7).

BECQUART, por ejemplo, hace recordar que "no hay ninguna concordancia entre el sentido de una palabra y su forma exterior —sonora o visual—/(1) [(1) En contra, el presidente DE BROSSES, quien pretendía que las palabras habían sido formadas de sonidos adecuados a las ideas expresadas por esos términos. E incluso SANTO TOMAS DE AQUINO (*nomina debent naturis rerum congruere*). No se puede negar, sin embargo, que ciertos vocablos pueden presentar una cierta expresividad accidental o querida, una belleza plástica o una utilidad de pronunciación que puede —pero con pocas probabilidades de éxito— ser perseguida conscientemente]." (p. 302).

Deberían ser tenidas siempre en cuenta puntualizaciones como las siguientes. "Científicamente hablando, las palabras no poseen un significado (*meaning*) verdadero o propio, salvo en dos sentidos. Primero, las palabras tienen un significado ordinario —es decir, comúnmente aceptado—. (...) Segundo, la persona particular que usa una palabra puede asignarle un significado especial; el significado 'propio' de la palabra es entonces ese significado asignado. (...) Si un escritor utiliza la expresión 'significado propio' de otra manera que en el sentido de significado ordinario o asignado, pasado o presente, estará usando la expresión en forma no científica sino emotiva, para expresar lo que él considera que *debe* ser el significado ordinario. (...) Así, ese escritor viste con ropaje emotivo a una formulación, para hacer que parezca una proposición sobre hechos; pues está evitando usar el término optativo 'debe', y en lugar de ello usa el aparentemente fáctico 'es'" (WILLIAMS, Nº 6.1, p. 384-385).

Errores
El desconocimiento acerca de esa naturaleza convencional que tiene el lenguaje, es lo que explica, por ejemplo, dos tipos fundamentales de errores. "(a) Uno, es la idea de que las palabras son de algún modo importantes en sí mismas, independientemente de su función de símbolos. (b) Otro, es la suposición de que existen distinciones reales allí donde de hecho hay sólo una distinción entre dos formas de expresarse en palabras. En el derecho, esto toma la forma de hacer que los resultados jurídicos dependan de distinciones puramente verbales" (*ib.*, N° 2, p. 74).

En cierto sentido, sin embargo, es verdad que el significado de las palabras no es tan arbitrario. En efecto, tampoco debemos olvidar que el lenguaje común se toma del medio social y que sus términos suelen ser usados para hacer saber alguna cosa a alguien, persiguen una *comunicación*; de ahí, que el sentido que poseen *habitualmente* los vocablos, en ese medio, por lo general se "imponen" a quien los utiliza. Mas ello no quita que, de todos modos, el *origen* de ese o esos significados (habituales) sea enteramente convencional, y es por eso que son históricamente cambiantes.⁹⁰

En cuanto al lenguaje jurídico, "su extenso pasado, su dependencia actual de una lengua común, que por su naturaleza no tolera cambio alguno, nos obligan a trabajar con grupos de sonidos completamente impregnados de significaciones y vinculados por múltiples lazos de los que no se puede prescindir" (BECQUART, p. 30). Pero eso no excluye que dichos "lazos" sean convencionales, cosa que jamás debería perderse de vista, sobre todo a la hora de decidir (¡elección!) el sentido que corresponde recoger (y precisar) cuando estamos ante expresiones vagas o polisémicas.

No obstante, hay teorías de la interpretación que desconocen (más o menos) ese carácter, tan relativo, de los sentidos que se ligan a los textos. En la actualidad ellas se encuentran representadas, sobre todo, por autores afiliados a tendencias "hermenéuticas" (*infra*, §§ 43 y 51 *in fine*). Por nuestra parte, al contrario, consideramos que como criterio básico, para examinar los problemas de la interpretación de la ley, se debe adoptar un punto de partida como el subrayado por HIRSCH:

⁹⁰ "B. RUSSELL niega que las palabras sean convencionales, pero todo lo que quiere dar a entender es que el lenguaje es parte del medio en el cual nos desarrollamos: no lo adoptamos en forma deliberada. Esto es cierto, pero no contradice la afirmación de que no existe conexión entre las palabras y sus objetos de referencia, salvo en la mente" (WILLIAMS, N° 6.1, p. 384, n. 1).

Criterios básicos para la ley
"El rechazo de generalizaciones absolutas, de carácter apriorístico, en cuanto a los efectos lingüísticos, los cuales son variables y locales, constituye uno de los objetivos centrales de este libro". (cap. 2. A, p. 29).

Por cierto, puede haber "buenos" y "malos" lenguajes, formas de expresarse que resultan mejores o peores en función de los fines de comunicación perseguidos. "El lenguaje que articula al mundo, no es solo asunto de convención. Hay buenos y malos sistemas lingüísticos" (VILLEY 75, N° 126, p. 214). No hay por qué negar, en efecto, que tales "convenciones" pueden ser más o menos adecuadas. Pero ello no impide que siempre se trate, tanto en un caso como en el otro, de sentidos lingüísticos que se determinan de manera convencional; la calificación de "bueno" o "malo", no es otra cosa que un juicio de valor sobre dichas *convenciones* lingüísticas, emitido desde el punto de vista de ciertas finalidades (contingentes) de la comunicación.

X § 36. EL SENTIDO DEL "SENTIDO": b) TIPOS

Dado el carácter convencional de los significados lingüísticos, entre ellos cabe distinguir diversos tipos de sentidos.⁹¹ WILLIAMS (quien se inspira en el conocido libro de OGDEN y RICHARDS, *The meaning of meaning*) ha subrayado la importancia que, para el trabajo del jurista, representa el no confundir entre sí algunos de esos tipos.

Recordemos que WILLIAMS (N° 6.1) señala que las palabras no tienen un sentido "verdadero"; "propio" ("*proper*" meaning), salvo que se considere como tal su sentido habitual (*ordinary* - i.e. *commonly-accepted* - meaning). De ahí, que no exista — agrega (N° 6.2) — ninguna "verdadera" definición para cada término. Toda definición se refiere a alguna de estas tres cosas: (i) sea un sentido habitual, (ii) sea un sentido asignado en forma especial, (iii) sea un sentido deseado simplemente. La discusión cien-

⁹¹ En realidad, si tomamos "sentido lingüístico" como sinónimo de "significado", la pluralidad de aspectos a que puede referirse esta palabra es mucho mayor de lo que señalaremos: cf. el primero de los dos estudios contenidos en el trabajo de RABOSI. Sin embargo, para los efectos de lo que nos proponemos destacar en el presente artículo, creemos que puede bastar con las puntualizaciones que recogeremos aquí.

tífica sobre una definición cabe sólo allí donde se trata de dilucidar el sentido del tipo (i).

Muchos problemas que parecerían referirse al mundo de lo empírico, en realidad consisten en meras cuestiones de definición. "Por ejemplo, toda cuestión de la forma '¿Qué es...?' o '¿Cuál es la naturaleza de un...?' o '¿Qué es un...?' o '¿Cuál es la naturaleza de un...?', constituye un pedido de definir una palabra. No se solicita información sobre el mundo empírico, salvo en cuanto tal información pueda ser proporcionada en el curso de la definición" (Nº 6.2, p. 389).

Por otra parte, prosigue WILLIAMS, hay que distinguir entre los tres tipos de sentidos siguientes (Nº 6.3): 1) el sentido tal como lo entiende el que habla o escribe, el sentido habitual, y el sentido tal como lo entiende quien escucha o lee. En efecto, tenemos: "(1) el significado entendido, el que entiende el locutor o escritor; (2) el significado común, el significado que sería vinculado a las palabras por el oyente o lector comunes; y (3) el significado comprendido, el significado realmente dado a las palabras por un lector u oyente particulares, es decir, por aquel a quien en particular le son dirigidas esas palabras. Donde se producen confusiones, (1) difiere de (3)" (p. 392).

Por fin, hay que distinguir también (Nº 6.5-6) entre: (a) el sentido "literal", primario; y (b) otros sentidos, "ulteriores", que un interlocutor —el que habla o el que escucha— entiende otorgar a las palabras en juego. Ambas formas pueden aplicarse asimismo a cada uno de los tres tipos de sentidos distinguidos precedentemente. Por lo que en particular se refiere al sentido "ulterior", muy importante en el derecho, se trata de implicaciones que pueden o no ser de carácter estrictamente lógico. Sobre las no lógicas, WILLIAMS puntualiza que "pueden ser clasificadas en tres tipos: (i) de términos que las partes (el plural ha de incluir empero el singular) probablemente tenían en mente, pero no se preocuparon de expresar; (ii) de términos que las partes, los hayan o no tenido en realidad presentes, hubieran probablemente expresado si se les hubiera llamado la atención sobre el punto; (iii) de términos que, los hayan o no tenido presentes las partes, y los hubieran o no expresado en caso de prever la dificultad, se consideran implicados por parte del tribunal, pues corresponden a puntos de vista que éste tiene sobre la buena fe o en materia de política jurídica, o

BIBLIOTECA
DE DERECHO

bien se aplican como consecuencia de reglas de derecho" (Nº 6.5, p. 401).

*
*
*

Por lo demás, se puede distinguir, como lo hace BATIFFOL, entre dos acepciones generales de la palabra "sentido", a saber: en la primera, "se trata del significado: un término o una proposición son los signos de un pensamiento, que ellos transmiten de manera más o menos feliz; en una segunda acepción, el sentido indica una dirección que ha de dársele a la acción. Cabe estimar que esta orientación es de la esencia misma de la norma y preside su interpretación" (p. 18).

La distinción apuntada puede tener importancia para determinar en qué forma ha de ser llevado adelante el proceso de la interpretación, esto es, para distinguir con mayor nitidez los objetivos a lo largo del desarrollo de ella. "En una primera fase, el sentido de un texto es aquello que él significa, es decir, el pensamiento de su autor, por lo demás entendido en su complejidad más o menos consciente; en una segunda fase, el texto indica una vía a seguir: ha dado una solución para las situaciones encaradas desde un cierto ángulo; el 'intérprete' seguirá la dirección indicada, para construir más o menos independientemente de la prescripción inicial" (*ib.*, p. 25). "El texto es un pensamiento que, para ser conocido por aquellos a quienes se dirige, esto sólo se logra a través de las palabras que lo componen y cuyo sentido hay que determinar en cuanto dirección, es decir, reglas a seguir" (*ib.*, p. 26).

(Estos dos tipos de "sentidos" corresponden, en la terminología que explicaremos más abajo, a interpretaciones fundadas respectivamente en una Autoridad-persona y en una Autoridad-idea: *vid. infra*, §§ 46 ss.).

§ 37. CONCLUSIONES

(i) La interpretación jurídica persigue la determinación del sentido semántico que se considera correspondiente a un texto de derecho.

(ii) Dicho sentido es, como todo significado lingüístico, de carácter convencional.

(iii) Un mismo texto puede tener distintos tipos de sentido, o incluso más de un sentido de cierto tipo, según las convenciones lingüísticas a que se acuda para interpretarlo.

(iv) La elección entre dichas convenciones es contingente, pero puede ser efectuada racionalmente en la medida en que sea sujeta a criterios básicos intersubjetivos preestablecidos (Autoridades).

(v) Sólo con base en Autoridades así determinadas y precisadas, para cada texto jurídico correspondería, de acuerdo al criterio que se haya presupuesto, en principio un solo sentido legítimo; de lo contrario, el texto presenta tantos sentidos como criterios interpretativos distintos sean de hecho traídos a colación a la hora de interpretarlo.

La norma es un marco abierto a varias posibilidades (Kelsen). Particularmente iluminadora, por su realismo implacable, es la teoría de KELSEN sobre la interpretación jurídica. Según dicho autor, los textos del derecho positivo no suministran otra cosa que un "marco" dentro del cual caben (por lo habitual) pluralidad de interpretaciones, todas igualmente legítimas desde el punto de vista científico; mejor dicho, la ciencia no tiene ni puede tener la palabra para elegir entre las posibles interpretaciones. Dice KELSEN 60, cap. X (y *vid.* también *infra*, § 57, a la altura de la n. 132):

"La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. (...)

"Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción" (p. 164).

"Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente, (...) La interpre-

tación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa" (p. 166).

"La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes". (p. 167-168).

"... la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

"Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva" (p. 169-179).

Aunque en líneas generales compartimos estas puntualizaciones de KELSEN, nosotros pensamos que no es imposible concebir formas racionales de elegir entre los posibles sentidos normativos de un texto, al interpretarlo, si se parte de criterios (Autoridades) claramente preestablecidos (*infra*, §§ 45 ss.). Claro que KELSEN tiene razón en cuanto a que, hasta ahora, dichos criterios no han sido establecidos con rigor científico, o que al menos no son siempre utilizados en tal forma por los intérpretes del derecho. Y también es posible que, dada la naturaleza ideológico-política que por esencia tiene el derecho (*infra*, § 57), nunca se llegue, en la práctica, a someter rigurosamente su interpretación a estrictos criterios de racionalidad.

Pero habría que distinguir, de todas maneras, dos cosas: (a) si es verdaderamente imposible llegar a indicar criterios racionales que, si fueran respetados, conseguirían establecer interpretaciones intersubjetivas; (b) o si, en cambio, aunque no sea

imposible recoger o elaborar tales criterios, los intérpretes no querrán aplicarlos en todos los casos, pues preferirán reservarse un margen libre para adaptar sus decisiones interpretativas a cambiantes influencias ideológicas, llegado el caso. Nuestra discrepancia con KELSEN radica en el punto (a) y no tanto en el (b); ya que, por nuestra parte, creemos que pueden ser concebidas racionalmente Autoridades que satisfagan las exigencias de (a), aunque admitimos que en los hechos seguirá ocurriendo (b).

En suma: estamos de acuerdo con KELSEN en que el lenguaje de las leyes ofrece un simple "marco" para posibles interpretaciones (múltiples); pero creemos, a diferencia de él, que es posible practicar una elección racional dentro de ese marco, siempre y cuando se preestablezcan criterios intersubjetivos (Autoridades) para efectuarla y si el intérprete decide de acuerdo a tales criterios exclusivamente.

*

* *

En la Sección siguiente presentaremos un panorama de las clases de sentido que más habitualmente se manejan al interpretar textos legales. Luego (Sección C) trataremos de indicar en función de qué criterios básicos (Autoridades) se podría superar, en el marco de una metodología fundada de manera racional, la contingencia que en materia de soluciones jurídicas deriva del hecho de que el intérprete acuda, llegado el caso, indistintamente a la mencionada pluralidad de sentidos. Al final (Sección D) examinaremos cuáles son los tipos de resultados que ofrece la interpretación de las leyes, mirada desde el ángulo de la relación entre esos resultados y la fórmula lingüística del texto legal que se tomó como punto de partida para alcanzar dichas conclusiones normativas.

SECCION B): OPCIONES AL INTERPRETAR

CLASES DE SENTIDOS EN TEXTOS LEGALES
§ 38. SENTIDO VULGAR Y SENTIDO TECNICO-JURIDICO

Cuando el intérprete dice que, para aprehender el sentido de los términos, se ajustará al uso lingüístico que ellos tienen, todavía hace falta aclarar a qué clase de uso se está refiriendo. Pues la noción misma de "uso lingüístico" es ambigua. Tiene razón HORAK (p. 224) en señalar esa equivocidad, al referirse a argumentaciones que los juristas romanos efectuaban apoyándose en dicho uso. Subraya además que, al tratarse de un tipo de argumentación fundada sobre lo probable (pues la efectividad de ese uso puede ser comprobada sólo con un grado mayor o menor de probabilidad), no ha de asombrar que, al lado de comprobaciones (propriadamente dichas), allí intervengan asimismo valoraciones. La interpretación se fundamenta no tanto sobre el uso lingüístico tal como éste mismo es, sino más bien sobre la manera en que, de acuerdo a la opinión de cierto jurista, ese uso debería ser.

Por lo pronto, el intérprete de los textos legales se encuentra ante una primera alternativa, pues a veces tiene la necesidad de elegir al menos entre dos tipos de sentidos. En efecto, por un lado está el sentido cotidiano, común, de los términos. Pero, por el otro, puede también darse la posibilidad de tener en cuenta sentidos más "técnicos", propiadamente jurídicos: significados particulares que los juristas otorgan a ciertas expresiones. Entre ambos tipos de sentidos existe, como dice ENGISCH (cap. IV, p. 105), una especie de "tensión". (Tensión que también puede producirse, por lo demás, entre los significados cotidianos y otros tipos de sentidos. Por ejemplo, para la interpretación de ciertos términos, es posible referirse a sentidos específicos que ellos tienen en campos como el filosófico, el teológico, el político, etc.; cf. KELLER, p. 213 s.).

La mayoría de los juristas se inclinan a aceptar con preferencia el sentido técnico de los vocablos.⁹² LARENZ explica que el le-

92 "Conviene que, en caso de equívoco, las expresiones que él [legislador] emplea, sean tomadas sólo en la acepción técnica, adecuada al fin jurídico de la disposición, antes bien que en una acepción vulgar, que traicionaría las intenciones de aquél" (GÉNY 19, t. I, N° 14, p. 31).

gislador se sirve del lenguaje corriente, en la medida en que se dirige al ciudadano y desea ser comprendido por éste. Pero también se sirve mucho de un lenguaje particular, específicamente jurídico, por medio del cual puede alcanzar un grado más alto de precisión, lo que le ahorra buen número de complicadas explicaciones (p. 307). En las leyes, las expresiones que han adquirido un significado especial para el lenguaje jurídico, (por ejemplo: contrato, nulidad, sucesión, etc.) son utilizadas en general de acuerdo a dicho sentido precisamente. De tal manera quedan de lado buen número de otros significados que aparecen como variantes de esas mismas palabras en la lengua cotidiana. El círculo de los significados posibles —entre los cuales habría eventualmente que proceder a una elección con base en otros tipos de criterios, no-lingüísticos— queda así reducido en forma considerable (p. 308). Por tanto, en principio hay que atenerse al uso técnico-jurídico del lenguaje, en la interpretación de las leyes. Sin embargo, esta regla no estaría libre de excepciones; pues LARENZ concluye que, de todos modos, hay que retornar al uso común en cuanto se compruebe que, para tal o cual caso, la ley se ha apartado (excepcionalmente) del uso especial (p. 309).

Cabe acotar que el hecho de que la decisión se incline por uno u otro tipo de uso lingüístico, puede comportar una elección de importantes consecuencias, incluso desde el punto de vista político. Por ejemplo, SBRICCOLI señala que ciertas discusiones medioevales, sobre si debía predominar el *usus communis loquendi* (uso común de la lengua) o el *ius commune* (lenguaje técnico-jurídico), apuntaban a la defensa o al cuestionamiento de la voluntad de los autores de los *estatutos*: "la cosa se explica fácilmente, en particular si se piensa en el papel que el *communis usus loquendi* puede desempeñar en la 'defensa' del estatuto, cuando aquél es usado como instrumento para la comprensión e interpretación de éste, a causa de la poderosa homogeneidad y organicidad que dicho uso presenta con el lenguaje utilizado por los estatutarios. El empleo del *ius commune* (es decir, del lenguaje 'jurídico', en la interpretación de una norma particularísima como fue el estatuto), en cambio, puede ser dirigido al fin de torcer

"Por lo demás, las palabras deben entenderse en su sentido técnico, como lo ha establecido la tradición, la doctrina y la misma legislación, más bien que en su sentido vulgar; salvo que el significado vulgar resulte más conforme con el espíritu de la ley. Y para atribuir el uno o el otro sentido, precisa tener en cuenta el significado que las palabras tenían en el tiempo y lugar en que fueron escritas" (COVIELLO, N° 25.I, p. 77-78).

la voluntad de los estatutarios" (p. 183; cf. también la n. 77, p. 183-184). Vid. asimismo *infra*, las puntualizaciones de SBRI-CCOLI contenidas en los §§ 49 y 55-57.

De cualquier manera, también habría que determinar más de cerca en *qué* consiste propiamente ese lenguaje técnico-jurídico. Por eso, HECK (N° 12.4, p. 96) señala que, aun cuando corresponda por cierto distinguir entre el sentido común de la letra (*allgemeinen Gesetzeswortlaut*) y su sentido específico jurídico, ninguna de estas dos ideas se halla libre de imprecisiones. Entre los profanos, prosigue, el nivel de conocimiento que ellos tienen del derecho es infinitamente variado; el mismo precepto puede sugerirles las ideas más diversas. Y en cuanto al uso jurídico del lenguaje, no es posible fijar cuáles son sus fronteras propias frente a otros tipos de conocimientos jurídicos (no-lingüísticos, digamos), pues las nociones propias del derecho son siempre resultado del conocimiento jurídico *global*. Las dificultades de delimitación se hacen todavía mayores en cuanto se recuerda que, en la interpretación de los textos, no se trata de determinar el sentido de cada término en forma aislada, sino el de una proposición concreta entendida en su conjunto.⁹³

Tampoco hay que olvidar, como anota BARTHOLOMEY-ZIK (p. 21), que muy a menudo los mismos términos técnicos aparecen empleados en formas distintas, según diversas leyes; diferencias que hasta pueden darse, aunque eso es menos común, en el seno de una misma ley. Habría que distinguir asimismo entre el uso más particular que de una terminología efectúan ciertas leyes y el uso jurídico más general que los mismos términos presentan en otras leyes (LARENZ, p. 311).

Pero incluso si se acepta que el lenguaje de las leyes tenga que ser entendido más bien en un sentido técnico, subsisten dificultades para precisar dicho sentido; las opiniones se dividen a ese respecto. Aunque todos reconocen que el lenguaje jurídico es un subtipo del lenguaje común, unos lo juzgan más cercano y otros menos próximo del grado general de imprecisión que caracteriza a este último.

93 Sobre las dificultades de determinar lo que corresponde sólo a la letra de las disposiciones jurídicas, es decir, al texto en *si mismo*, cf. HABA 77b, *in totum*; en lo que se refiere particularmente a las observaciones de HECK, cf. en dicho artículo el par. IV, y luego el par. X a la altura de la n. 30.

§ 39. SENTIDO Estricto Y SENTIDO AMPLIO.

Una segunda opción para el intérprete de los textos legales está constituida por la posibilidad de elegir, en su caso, entre un sentido que corresponde al "núcleo" del término y sentidos que se vinculan más bien a su "zona marginal" (*supra* I, §§ 3, II.e-f, 12.d-e).

De tal modo, en cuanto al campo lingüístico de una palabra, es posible oponer, como dice ENGISCH (cap. V, p. 129), un sentido más inmediato —sentido "próximo", "estrecho", "estricto", "limitado"— a un sentido más alejado —"lejano", "amplio", "extenso"—. O bien, agregamos nosotros, correspondería a veces hablar no de dos, sino de una pluralidad de sentidos: una escala que abarcaría desde el o los sentidos más estrechos hasta los más amplios, estando estos últimos ubicados ya sobre el límite mismo de la "zona marginal". (Y por esta vía desembocamos ya en la problemática referente a las interpretaciones restrictivas y extensivas; pero eso lo veremos más abajo: *infra*, § 55).

LARENZ (2da. ed., p. 302), por otro lado, señala que cuando el caso a resolver cabe dentro del "núcleo" (*Kernbereich*) del término legal, entonces el juez puede generalmente limitarse a aplicar la norma en cuestión; serían más que todo los casos de la "franja" (*Randbereich*) quienes exigen del juez una actividad interpretativa menos segura.

§ 40. TEORIA DE LA IDENTIDAD Y TEORIA DE LA INDICACION

Ante la eventual pluralidad de sentidos que tienen los términos de la ley, la cuestión de saber cuáles de ellos corresponden propiamente a ésta, ha enfrentado a partidarios de dos grandes tipos de soluciones: los de las llamadas, respectivamente, "teoría de la identidad" (*Identitätstheorie*) y "teoría de la expresión o indicación" (*Ausdruckstheorie, Andeutungstheorie*).

De acuerdo a la primera teoría, que es la más radical, el contenido de la ley se limita exclusivamente al sentido estricto de su formulación lingüística, a lo que propiamente dice su letra, su tenor literal (*Wortlaut*). De acuerdo a la segunda teoría, en cambio, la cual es menos extremista y en general cuenta con una mayor aceptación, al interpretar se podría llegar hasta el punto de ad-

mitir, como sentido de un texto jurídico, ideas que apenas hallan un cierto grado de "expresión" (referencia, indicación) en la letra, un "cierto" apoyo en ésta. Así, la fórmula lingüística que constituye la letra no representaría más que un límite para la interpretación, en el sentido de que como significado del texto cabría sólo admitir contenidos semánticos capaces de mantener todavía una cierta armonía con éste (HECK, N° 12.1; ENGISCH, cap. IV *in fine*, p. 83). A tal criterio corresponde, por ejemplo, una regla de interpretación como la siguiente: *proceder a una adecuación de la ley, no es posible más allá de la medida en que su letra lo permita.*

Esa regla ha sido desprendida por ZIMMERMANN (p. 1263), sobre la base de un análisis de la jurisprudencia de los más altos tribunales alemanes. Y tal regla constituye, a juicio de dicho autor, un rasgo fundamental de la teoría *objetiva* de la interpretación.

G./D. REINICKE señalan que la BGH (*Bundesgerichtshof*: Corte Federal suprema en la Alemania Federal), del mismo modo que otros tribunales alemanes, han aceptado en forma expresa la *Andeutungstheorie*. Pues dicha Corte "ha tomado en consideración la voluntad del legislador en aquellos casos solamente en donde esta voluntad ha hallado una expresión, aunque sea incompleta, en las palabras de la ley" (p. 1033).

Tal era ya, por lo demás, la opinión de WINDSCHEID: "Por otro lado, corresponde empero efectuar la restricción de que esa voluntad tiene que encontrar por lo menos algún modo de expresión en la ley; y cuanto más sencilla y clara sea la letra de una disposición legal, más difícilmente se conseguirá justificar una interpretación que se aparte de esa letra" (cit. por CLAUSS/CLAUSS, p. 602).

Y también GÉNY, aunque sin llamarla por dicho nombre, se manifestaba de acuerdo con una teoría semejante. En efecto, decía que el legislador "no puede pretender hacer respetar y aplicar como ley, una regla ajena al horizonte efectivo de aquél, ni tampoco la que el texto, establecido por él, no tradujese en forma suficientemente clara. Seguro que esto debe entenderse con la mayor amplitud, de manera que a la voluntad legislativa se le otorgue siempre su posible alcance" (GÉNY 16, t. I, N° 58, p. 119).

Así es que, inspirándose en la *Andeutungstheorie*, muchos autores consideran que el texto legal no desempeña, cuando se trata de aprehender su sentido normativo, más que un papel de *límite* para la determinación de ese sentido. Es decir, que la interpreta-

ción (propriadamente dicha) no podría ir más allá de aquello que, desde el punto de vista lingüístico, aparece como el "sentido-posible-de-las-palabras" de la ley.⁹⁴

NEUMANN, quien ha examinado un conjunto de sentencias de derecho penal alemán, desprende de ellas una tendencia general: la de presentar una adhesión *verbal* al principio del "sentido-posible-de-las-palabras como frontera de la interpretación", incluso cuando la argumentación que se emplea va manifiestamente más allá de ese límite (p. 42). La BGH no se atreve, pues, a pronunciarse en forma *expresa* contra ese "sentido-posible", aunque de hecho ella va, llegado el caso, más allá (cf. el par. B, p. 47 ss.)⁹⁵

Basándose en esas comprobaciones de NEUMAN, E. v. SAVIGNY 76 considera que se puede concluir, en principio, que para la BGH rige la siguiente regla: "no está permitido apartarse del tenor literal de la ley". (La circunstancia de que la BGH llegue a veces, sin perjuicio de acoger verbalmente dicha regla, a no respetarla en la práctica, serviría más bien —según SAVIGNY— para confirmar su validez como principio. Esto porque, teniendo en cuenta que en esos casos la BGH trata de ocultar que se está apartando de la letra, ello testimonia que el intérprete efectúa entonces una cosa que, a sus propios ojos, él no se halla realmente autorizado a realizar. Es, pues, una manera de reconocer, así sea indirectamente, la validez de tal regla).

En el interior mismo del campo que corresponde al sentido-posible, pueden darse, todavía, soluciones jurídicas distintas. De esa manera cabe admitir, en contra de una concepción menos flexible (*Identitätstheorie*), la posibilidad también de interpretaciones "ex-

94 "Aunque en la mayoría de los casos, pues, el sentido propio de las palabras (*Wortsinn*) no basta como criterio interpretativo, porque él tolera aún distintas interpretaciones; sin embargo, el *sentido posible de las palabras* (*mögliche Wortsinn*), es decir, el conjunto de los significados que de acuerdo al uso lingüístico general pueden todavía ser vinculados a cierta expresión, designa la *frontera* (*Grenze*) de la interpretación (en 'sentido estricto')" (LARENZ 69, p. 303-304). En el mismo sentido, la BGH ha expresado: "Dentro de los límites de lo lingüísticamente posible... cada noción debe ser interpretada de acuerdo al sentido y finalidad del precepto para cuya construcción es utilizada" (cit. por NEUMANN, p. 156, n. 1 —subrayado por NEUMANN—). Sobre la función de "límite" o "frontera". *vid. infra*, § 54.

95 Además NEUMANN comprobó que, entre las sentencias penales por él examinadas, hay solo un único caso en donde un argumento fundado sobre la letra haya desempeñado papel decisivo para determinar la interpretación restrictiva del precepto: cf. par. C, p. 49 ss.

tensivas" —distinguiéndolas, pues, de las "restrictivas"— del texto, siempre y cuando no se incurra en el exceso de llegar a imponerle una "corrección" a éste. Se pide únicamente, por tanto, que el sentido de la ley encuentre un "punto de apoyo", una "indicación", en los términos mismos del texto (KELLER, p. 86):⁹⁶ *Andeutungstheorie*. Pero lo cierto es que dichos límites, también ellos, pueden ser concebidos de una manera más o menos elástica. ¿Cómo determinar, entonces, límites para esa misma flexibilidad? La llamada doctrina del *sens clair* ha intentado responder a esa cuestión.

§ 41. LA DOCTRINA DEL "SENS CLAIR": NOCION GENERAL

El problema de saber cuándo el juez estaría habilitado para "elegir", ha recibido una contestación —negativa— con referencia a todos aquellos casos en que la fórmula legal parece suficientemente "clara". Es lo que se conoce como doctrina o principio del *sens clair*. Tal principio, que corresponde a una idea manejada con mucha frecuencia (sea bajo dicho nombre o simplemente de modo tácito) al interpretar las leyes, da lugar a una regla como la siguiente, que ha podido ser desprendida (por ejemplo) a partir de sentencias pronunciadas por los más altos tribunales alemanes:

Si la letra (*Wortlaut*) es clara, de sentido inequívoco, no hay lugar a interpretación, no cabe una decisión judicial en contra de dicho sentido (ZIMMERMANN, p. 1612; cf. también CLAUSS/CLAUSS, p. 660).

Debe tenerse en cuenta que aquí el término "interpretación" se encuentra tomado en un sentido estrecho, en cuanto al objeto (*supra*, § 34). Por otra parte, se puede traer a colación una observación de SPIES (p. 168, 2a. col.), quien puntualiza que, si el concepto de "inequívoco" (*eindeutig*) se toma en un sentido amplio, el principio en cuestión resulta ser un juicio meramente analítico, una tautología: "es decir, un juicio en cuyo sujeto ya se encuentra ocultamente contenido el predicado, pues posibilidad de interpretación es igual a admisibilidad

96 "Esto permitió que, entre las concepciones jurídico-literales (*wortjuristische Auffassungen*), al lado de su versión estricta surgieran también otras más moderadas. Las segundas autorizan la crítica, corrección e interpretación, aun en casos donde la insuficiencia de la letra no se pueda comprobar por medios puramente literales; pero siempre vinculan tales actividades... a la letra" (KELLER, p. 85-86).

de varios sentidos, esto es, igual al concepto que fuera utilizado para definir la multivocidad en sentido amplio. Eso significa, por un lado, que la proposición [‘Una letra unívoca no puede ser interpretada’] es válida *a priori*, por lo que no puede negarse que es correcta; pero, por otro lado, significa que dicha proposición no puede extender el conocimiento, sino simplemente hacer comprender el concepto de ‘univocidad (*eindeutig*) en sentido amplio’”.

El principio se relaciona con una idea que viene de muy atrás, del derecho romano:

Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio (Si en la letra no hay ambigüedad, no se debe indagar la voluntad del legislador; cf. CLAUSS 70, p. 14).

O bien, esto se expresa de una manera todavía más general en la fórmula:

interpretatio cessat in claris (los textos claros no se interpretan — PERELMAN 76, N° 25 *in limine*, p. 36—).

De ello se sigue la siguiente consecuencia: “Si el sentido es claro, la interpretación debe ser literal, aunque la interpretación literal anulara la finalidad propia de la disposición” (BLACK, cit. por ESSER 61, cap. IX, p. 227, n. 156). A esta idea corresponde lo que los ingleses llaman, para la interpretación de los *statutes*, la “regla áurea” (*golden rule*):

“Una vez expresada la intención del legislador, lo que importa es la expresión, no la intención” (BLACK, *ib.*).

Otros opinan, sin embargo, que incluso frente a un texto “claro” sería legítimo desviarse del mismo, siempre y cuando se logre demostrar que él no corresponde al “verdadero” significado de la ley; pero en tal caso la carga de la prueba recaería, de todos modos, sobre quien propone una solución que va contra el “sentido claro” (COING 69, p. 318).

Sea como sea, la doctrina del *sens clair* presupone la existencia de un sentido literal que es fijo, único, inequívoco: “claro”. Sin embargo, ella misma no nos dice cómo resolver un punto previo: el de saber cuándo y cómo, en función de qué criterios, el texto ha de considerarse claro u oscuro. Ya vimos (*supra* II, § 17) que tal cuestión está lejos de ser obvia. Tiene razón CLAUSS 70 (p. 7) en subrayar que “la noción de ‘claro’ y la de ‘inequívoco’⁹⁷ parecen

claras e inequívocas, pero no lo son”⁹⁸. La propia idea de “no claro” —dice— no es clara. Para unos, eso puede significar: “poco claro aún, pero aclarable”. Para otros, en cambio, sería simplemente: “no aclarable”. En definitiva, se considera que el texto es aclarable o no, de acuerdo al fin y a la perspectiva adoptados por el intérprete. Por eso, el mismo texto puede parecerle claro, inequívoco, a unos, mientras que será no-claro, equívoco, para otros.⁹⁹

La interpretación puede hallarse presidida, prosigue CLAUSS, por dos clases principales de fines. Puede tratarse de una investigación en donde el intérprete se propone descubrir el pensamiento de otra persona: indagación de tipo *genético*, se busca conocer el sentido mismo que el autor del texto ha querido establecer para éste. Pero también es posible que, en cambio, el intérprete extraiga de su propio espíritu el sentido en cuestión: investigación teleológica, interpretación creadora; entonces el texto es vinculado a ciertos valores, pues se entiende que su contenido normativo está dirigido sobre todo a realizar determinada orientación práctica (sea un fin egoísta, social-utilitario o idealista).

Esos dos enfoques pueden conducir, por supuesto, a resultados interpretativos que no son coincidentes. Por tanto, nos hallamos ante una alternativa. Si el intérprete trata de comprender la norma en función de la perspectiva del legislador, y no lo consigue, concluirá que el texto no es claro. Pero si, en cambio, el intérprete trata de descubrir el mejor sentido posible, en función de su propia perspectiva personal, hallará siempre alguna solución: considerará, pues, que el texto es aclarable. Por consiguiente, no son las proposiciones en sí mismas quienes son claras o no-claras, aclarables o no aclarables. Sólo su *sentido* es más o es menos “claro”, en función del punto de vista en que uno se ubique.

⁹⁷ Da la impresión de que CLAUSS, como otros autores (*supra*, n. 88), utiliza en general como sinónimos los términos: *klar* (claro) y *eindeutig* (unívoco, inequívoco, preciso).

⁹⁸ Esa es también la opinión de ESSER 61 (cap. VII, 3, p. 157 s.), para quien “la doctrina del *sens clair* es tan contradictoria como la remisión al *sens ordinair*” (p. 158).

⁹⁹ Cf. CLAUSS 60, p. 307; y CLAUSS 70, Nos. 73 y 82. Cf. también CLAUSS 70, N° 72, en donde el autor se refiere a la opinión de varios filósofos (DESCARTES, LOCKE, LEIBNIZ, LESSING) y señala la crítica que al respecto efectúa PEIRCE; CLAUSS considera que la “máxima pragmática” (*supra* II, § 16 *in fine*) se confirma también en la práctica de la interpretación judicial. *Vid.* también las observaciones de CLAUSS y de KRIELE transcriptas *infra*, § 56.

De ahí, que el mismo texto puede a la vez ser "claro" y "no claro"; por ejemplo, claro para su autor, pero menos claro para el intérprete. Eso quiere decir que el hecho de considerar a un texto como inequívoco o ambiguo, es cosa que dependerá del punto de vista presupuesto por el intérprete, es decir, del hecho de que éste se afilie a una doctrina subjetivista u objetivista de la interpretación.¹⁰⁰ A los dos tipos de fines señalados, cabe agregar un tercer punto de vista posible: aquel que apunta a la perspectiva de quienes están sometidos a la regulación jurídica. Y CLAUSS distingue, además, entre faltas de claridad en la "formulación" y en el "pensamiento" mismo. (A todos estos aspectos nos referimos en el numeral siguiente).

*
**

Habida cuenta de estas distintas maneras en que se puede tomar posición cuando se trata de apreciar si los textos son claros o no, la aplicación de la doctrina del *sens clair* se hace problemática ella misma. No se trata ya solamente de una alternativa entre sentido claro y sentido no-claro, sino que pueden darse alternativas incluso en el seno mismo de la "claridad", ya que puede haber más de un sentido "claro".

Por ello, resulta que hay distintos tipos de doctrina del *sens clair*. CLAUSS ha puesto de relieve la existencia de un juego bastante amplio de posibles variantes, establecidas en torno a sentidos diferentes que pueden serle otorgados a la pareja de conceptos: claro/no-claro. Veamos esas alternativas,

§ 42. TIPOS DE "SENTIDO CLARO" (Clauss)

En este numeral recogeremos, siguiendo a CLAUSS,¹⁰¹ una serie de maneras según las cuales se puede considerar que un texto

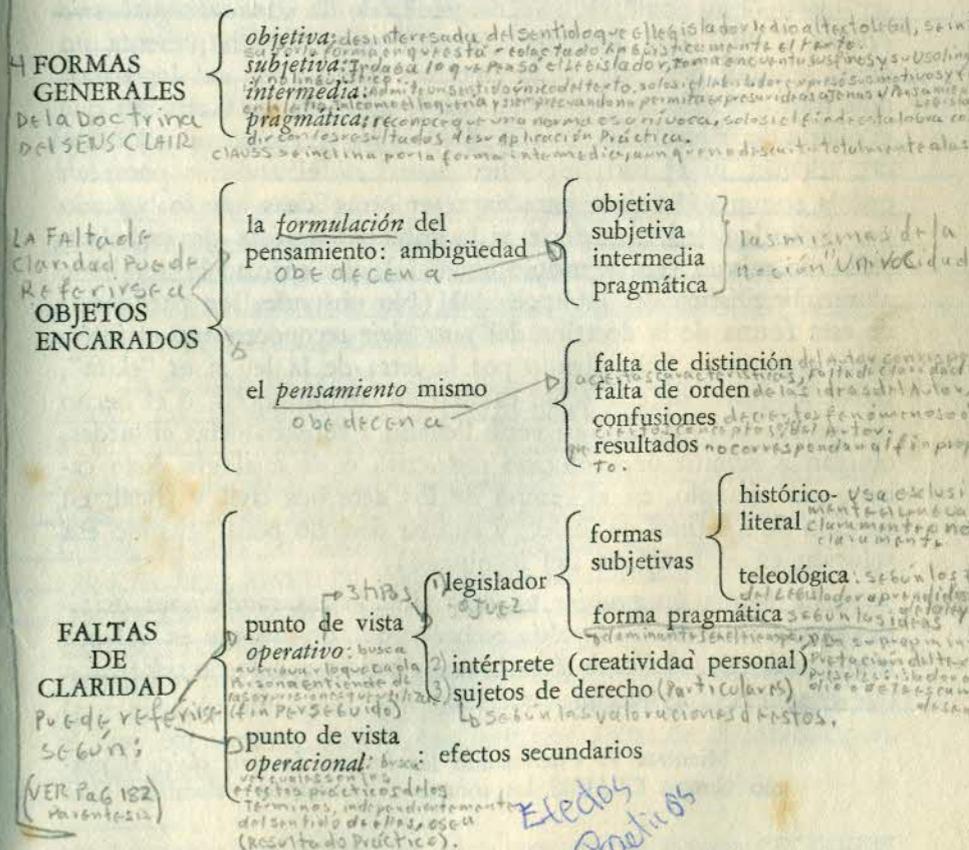
¹⁰⁰ Cf.: CLAUSS 60, N° III. 2-3; CLAUSS 70, p. 11 s., 37 s.; y CLAUSS/CLAUSS, par. A. Vid. también las observaciones de KRIELE indicadas en la nota anterior. Sobre la diferencia general entre la interpretación objetiva y la subjetiva, cf. HABA 77a, N° I.

¹⁰¹ Hemos de tomar en cuenta fundamentalmente los desarrollos que CLAUSS presenta en su trabajo principal, *General Semantics*; pero cf. asimismo los otros tres estudios de este autor mencionados en la bibliografía, y también el artículo de CLAUSS/CLAUSS. En su libro, CLAUSS ilustra con ejemplos del Derecho alemán la aplicación de los distintos "puntos de vista" a que los intérpretes pueden afiliarse cuando consideran que hay un *sens clair*.

[jurídico es o no es "claro".] Puede ser útil colocar como portada, para que sirva de guía, un cuadro general de esos diversos puntos de vista que caben dentro de la doctrina del *sens clair*. Es decir, que esta doctrina misma necesita ser interpretada, a su vez, para poder aplicarla; y dicha interpretación implicará optar por alguno de los puntos de vista siguientes:

DOCTRINA DEL SENS CLAIR

(PUNTOS DE VISTA)



NOTA: El esquema no pertenece al propio CLAUSS, pero se desprende de los desarrollos de este autor que serán resumidos a continuación.

Veamos, pues, qué particularidad presenta, respectivamente, cada uno de los *puntos de vista* señalados. Comenzamos por lo que tiene que ver con las cuatro "formas" de la doctrina.

La forma *objetiva* se desinteresa del sentido que el legislador mismo entendió otorgarle al texto; se interesa sólo por aquello que puede justificarse en función del actual uso del lenguaje en que está redactada la disposición. La forma *subjetiva*, en cambio, indaga, con base en los trabajos preparatorios de la ley, lo que pensó el legislador; toma en cuenta los fines de éste y su manera de utilizar el lenguaje, incluso si entretanto han cambiado las circunstancias y los usos lingüísticos.

La forma *intermedia* o "conciliadora" (*vermittelnde*) resulta ser un tipo especial, el más exigente, de la *Andeutungstheorie* (*supra*, § 40). Ella conduce a admitir que el texto presenta un único sentido, pero sólo si los motivos y los fines del legislador muestran que éste ha conseguido expresar en la letra, aquello que él quería decir justamente (*infra*, § 49 *in fine*); eso siempre y cuando, además, ni el uso lingüístico actual ni el anterior permitan que la formulación sirva para expresar otras ideas que lo buscado por dicho legislador, es decir, si la voluntad de éste alcanza a expresar lo mismo (en su propio lenguaje) que en caso de remitirse al uso lingüístico del intérprete.¹⁰² (No obstante, los partidarios de esta forma de la doctrina del *sens clair* reconocen que el intérprete, aunque se halle ligado por la letra de la ley si es "clara", puede apartarse de ella si un cambio de circunstancias, o el hecho de que en caso contrario se vería llevado a consecuencias absurdas, obligan a admitir una solución restrictiva o de analogía. Esto cabría, por ejemplo, en el campo de los derechos civil y fiscal, en función de los fines de la ley; y aun en derecho penal, cuando esa solución es en beneficio del inculpado).

La forma *pragmática* va más allá de las condiciones exigidas por la precedente. Aquella reconoce que una norma es unívoca sólo si, además, el fin de ésta logra coincidir con los resultados a que conduce su aplicación práctica.

Mientras va examinando las formas de *sens clair*, al mismo tiempo CLAUSS las somete a apreciación valorativa. Dice

102 "Aún con mayor razón corresponde seguir la *Andeutungstheorie* allí donde se trata de normas que tanto desde la perspectiva del legislador como también con base en el uso lingüístico actual son unívocas" (CLAUSS, p. 26).

cuáles le parecen más justificadas y cuáles menos; esto luego de haber indicado, para cada una, distintos fines a que ellas en la práctica aparecen respectivamente subordinadas (fines que, por lo demás, pueden ser contradictorios entre sí, incluso en el ámbito de una misma "forma"). Concluye (p. 31 s.) que cabe rechazar, salvo excepción, tanto la forma subjetiva como la objetiva, por razones de política jurídica (cf. p. 18 ss., 23 ss.). Termina inclinándose por la forma intermedia, en principio, fundamentalmente en atención a requerimientos de seguridad jurídica. Para ciertos tipos de casos, sin embargo, dice que se debería seguir, a título excepcional, la forma pragmática; ello dependería de cuáles son los sectores del derecho de que se trate, pues las soluciones de tipo "pragmático" merecen una apreciación distinta según las ramas jurídicas contempladas (p. 28 ss.). (En general, por lo que se refiere a las diferencias entre las "formas" de *sens clair*, cf.: CLAUSS 70, Nos. 76-79; y CLAUSS/CLAUSS, par. B.).

Ahora bien, la falta de claridad puede referirse: sea a la *formulación*, sea a ese pensamiento considerado en sí mismo (CLAUSS, Nos. 80 ss.).

Si se trata sólo de la *formulación*, estamos frente a una ambigüedad. Pero tampoco el propio concepto de "ambigüedad" se halla libre de ambigüedades. También éste presenta, a su vez, las cuatro formas indicadas para la noción de univocidad: subjetiva, objetiva, intermedia, pragmática (Nº 80).

Si se trata, en cambio, de falta de claridad en el pensamiento mismo, esto puede obedecer a cuatro otras clases de motivos (Nº 81). Primero, es posible que el autor no haya distinguido lo suficiente, allí donde el objeto enfocado requería, por sus características, que ciertas diferencias fueran precisadas en mayor medida. Luego, la falta de claridad puede resultar del hecho de que el autor no haya puesto en debido orden sus ideas, lo cual hace confuso su pensamiento. Por otro lado, el autor puede haber confundido ciertos fenómenos, o ciertos conceptos, con otros fenómenos o conceptos. Finalmente, puede ser que el fin perseguido por el autor (por ejemplo, el legislador) no corresponda al resultado, caso en el que asimismo se dice¹⁰³ que hay una falta de claridad en el pensamiento.

103 "... en tales casos la BGH dice que la norma es sólo 'inequívoca en el fondo (*an sich eindeutig*)', en cuanto ese tribunal está operando allí con la forma pragmática de la doctrina del *sens clair*" (CLAUSS, p. 35).

*
* *

Ya hemos señalado que la claridad de los textos legales es algo que el intérprete aprecia en función de sus propios fines y perspectivas, por la manera en que él se ubique frente a aquéllos. La falta de claridad de las leyes puede referirse pues, prosigue CLAUSS, a tres puntos de vista fundamentalmente: al del legislador, al del intérprete o al de los particulares (sujetos de derecho) como miembros de la comunidad jurídica (*Rechtsgenosse*).

El análisis de dichos puntos de vista corresponde a lo que CLAUSS llama el sentido "operativo" de las palabras. Se refiere a la manera en que el significado de los términos cambia, para quien se sirve de ellos (en su caso, el intérprete de la ley), según la finalidad y la perspectiva de esa misma persona. Este plano, el del sentido operativo, debe empero ser distinguido de otro plano, el del sentido "operacional" de las palabras (Nº 130). Desde este último ángulo, a diferencia del anterior, la cuestión no es tanto averiguar lo que tal o cual sujeto entiende con las expresiones que utiliza, sino que la indagación se orienta hacia los *efectos prácticos de los términos (wie die Wörter wirken)*, sea cual fuere la idea que del sentido de éstos o de sus efectos se haga quien los usa.¹⁰⁴

Cuando los sentidos operativo y operacional de una palabra no coinciden, es decir, si los resultados prácticos no corresponden al fin perseguido mediante ese lenguaje, entonces le corresponde entrar en juego —dice CLAUSS— a la Semántica General. Esta se ocupa de corregir las expresiones defectuosas, y de tal manera previene que se produzcan esos efectos indeseables. Se trata, por lo general, de "efectos laterales" (*Nebenwirkungen*) que están ligados, sea directa o mediatamente, al uso de los términos en cues-

104 CLAUSS se remite aquí al "operacionalismo" de BRIDGMAN. Señala que si eso "es aplicado no sólo en las ciencias propiamente de la naturaleza, sino también al significado de todas las nociones abstractas como 'libertad', 'democracia' y 'religión', entonces las exigencias del operacionalismo no se diferencian mayormente de las del pragmatismo, tal cual éste era sostenido por hombres como C. S. PEIRCE y William JAMES. El significado de un concepto no es definido entonces por medio de una 'idea', cuya imagen debería ser dicho concepto, sino que ese significado se determina por los efectos observables que podemos esperar de proposiciones en las cuales se presenta ese concepto" (CLAUSS, p. 79); vid. también *supra*, n. 99 *in fine*. Sin embargo, cf. la crítica de GEYL (p. 83, n. 16), quien considera "no muy afortunada", desde el punto de vista terminológico, esa referencia de CLAUSS al operacionalismo. Según aquél, sería mejor hablar simplemente de efectos "queridos" y "no queridos", en vez de referirse (respectivamente) a los sentidos "operativo" y "operacional".

tión. Y hasta existen casos en donde los efectos llegan a ser *diametralmente* opuestos a las finalidades perseguidas. Todo eso es aplicable al lenguaje del legislador, y en su caso también al del juez.¹⁰⁵ Veamos más de cerca, pues, los tres grandes tipos de sentido operativo —ángulos de enfoque: juez, intérprete, particulares— que pueden corresponder a los textos legales.

Si el intérprete trata de ubicarse en el punto de vista del *legislador*, tiene distintas maneras de hacerlo. Puede, primero, ajustarse exclusivamente al uso que dicho autor ha hecho del lenguaje: claridad o falta de claridad, en el sentido de una interpretación histórico-literar. Si, en tal caso, el texto es interpretado como unívoco, estamos ante un subtipo de la forma subjetiva: doctrina histórico-literar del *sens clair*. Pero el intérprete puede también —segunda posibilidad— fundamentarse en ciertos *fines* del legislador, que aquél aprehende empero en otras fuentes que no son la ley misma: interpretación teleológica; y esto puede significar otro subtipo de la forma subjetiva, doctrina teleológico-subjetiva del *sens clair* (la "claridad" puede ser ahí aportada, en particular, por un examen de los trabajos preparatorios). Por último, también caben faltas de claridad en sentido *pragmático* (Nº 86).

Pero si, por una u otra razón (digamos por insuficiencias en las fuentes históricas), no se consigue llegar a aprehender bien el sentido perseguido por el legislador mismo, el intérprete puede cambiar de punto de vista. Puede entonces interrogarse simplemente acerca del sentido que el *propio intérprete* considere como el mejor para ese texto; he ahí una "interpretación personal creadora" (*eigenschöpferische*), en el sentido que decía RADBRUCH. O bien, el intérprete buscará —manera menos radical— determinar qué sentido habrían aceptado presumiblemente los autores de la ley, teniendo en cuenta qué ideas eran dominantes en el tiempo de la legislación; y aunque entonces no se persiga como finalidad una interpretación "creadora", lo cierto es que, de todos modos, ella resulta serlo (en mayor o menor medida) desde el ángulo de los resultados prácticos. Pero aun en este último caso, puesto que el intérprete se está fundando (más o menos) en su propio punto de vista, se halla ante posibilidades de elegir (entre valores) que son mucho más amplias que si adopta el primero de los puntos de vista mencionados, la perspectiva del legislador (Nº 87).

105 CLAUSS dedica los Nos. 104 ss. a analizar ejemplos de casos prácticos jurídicos en donde se puede apreciar la importancia de lo señalado.

Es posible, por último, encarar las cosas desde el ángulo del ciudadano vinculado por el derecho (*Rechtsgenosse*). Entonces habría que preguntarse, al interpretar un precepto legal, si la norma jurídica es clara para esos sujetos justamente; ver si es lo bastante comprensible para los destinatarios mismos de la norma, en especial para los profanos (Nº 88).¹⁰⁶

§ 43. LA "TEORIA DEL NOMBRE". UN ENFOQUE "HERMENEUTICO" (Müller)

En la presente Sección hemos ido viendo distintos puntos de vista que los intérpretes pueden adoptar frente a un texto. De ello resulta que una misma formulación jurídica puede llegar a ser comprendida, en su caso, de maneras diferentes; y hasta caben discrepancias acerca de si una fórmula es o no es clara, o sea, si una discusión sobre su sentido puede tener alguna justificación. Todo esto parece imponer, al observador desapasionado, la necesidad de aceptar que, al menos en muchos casos, el texto jurídico no tiene un sentido solo, sino una pluralidad de eventuales significados, entre los cuales el intérprete elegirá (conclusión que ya habíamos subrayado al principio: *supra* I, § 9).

Sin embargo, no todo el mundo está de acuerdo en reconocer ese hecho. No todos se afilian a posiciones tan relativistas como la de CLAUSS, por ejemplo. La mayoría de los juristas continúan siendo más bien de la opinión que, en principio, no puede existir más que un solo sentido jurídico (determinado) capaz de corresponder verdaderamente a cada término de un texto legal; y que, por tanto, a ese texto considerado en su conjunto, en tanto que unidad lingüística, tampoco puede corresponderle más que un solo significado correcto, es decir, que aquél no puede contener dos o más significados total o parcialmente contradictorios. Es una ilusión que se encuentra amarrada con lazos muy fuertes en la conciencia profesional del jurista, según tan a menudo puede apreciarse en las discusiones entre ellos.

Dicha idea suele estar ligada implícitamente a una concepción ingenua sobre la naturaleza del lenguaje en general y el del derecho en particular. Se presupone que es posible hacer abstracción del contexto social (variado y variable) en que se inscribe el dis-

¹⁰⁶ Con referencia a los planteamientos de CLAUSS, en general, cf. también los comentarios de GEYL y de BECKER.

curso, a la hora de aprehender el significado de éste. Entonces se piensa que cada palabra, o al menos cada frase o cada texto, corresponde a una entidad conceptual fija y susceptible de ser aislada de la función (cambiante) de comunicación que es propia de formulaciones efectuadas en el lenguaje común. Criterios semejantes se vinculan, en el marco de la teoría del lenguaje, a lo que HORN 66 (p. 29 ss.) llama "el punto de vista ontológico", cuyo modelo más simple es la "teoría del nombre": las expresiones lingüísticas son encaradas como si fuesen una simple denominación de objetos del mundo real. Se presupone, en suma, que cada formulación jurídica no puede ser sino el correlato de un objeto o situación del mundo exterior, o de un tipo de esos objetos o situaciones, en forma tal que los términos correspondientes no son otra cosa que un reflejo pasivo, el "nombre" de dichos datos objetivos.

"Del mismo modo, esas teorías del lenguaje apartan así a éste del proceso social. Ellas no tienen como objeto el papel del lenguaje en el contexto global de una cultura, no enfocan la comunicación lingüística, ni tampoco el discurso de cada individuo en particular, sino la lengua nacional de una época determinada, tal como esa lengua se presenta en los diccionarios. La atención se dirige entonces más que todo a las unidades de la lengua. Parten de la palabra o el enunciado, para preguntarse por el significado o el sentido. Como para el desarrollo y exposición de ese punto de vista se elige a menudo palabras que sirven como nombre de objetos reales del mundo circundante, se advierte el predominio del punto de vista ontológico: las palabras son una contracara (*Gegenstück*: objeto que hace juego con otro) del mundo objetivo, son el nombre correcto, están en condiciones de reflejar el mundo objetivo / o son descriptivas" (HORN 66, p. 29-30).

*

* *

Aunque el punto de vista "ontológico" es algo que hoy en día puede darse por superado en la teoría del lenguaje (cf. el primer artículo de esta serie, *in totum*), ello no quita que existan también otros puntos de vista que pueden conducir, en la práctica, a resultados análogos. Tal el caso, por ejemplo, de posiciones como las sostenidas por ciertos autores de tendencia "hermenéutica" (*supra* I, § 12). Tomaremos como ilustración de ese tipo de concepciones en el derecho, el enfoque metodológico que propone MÜLLER.

Aun cuando subraya que la concreción de la norma jurídica no puede consistir en un proceso puramente cognitivo, sino que la determinación de su contenido tiene que ver con los casos a que se aplique (MÜLLER 76a, N° 314.2)¹⁰⁷ y también con el "campo normativo" (*Normbereich*) de la realidad al cual el "texto normativo" (*Normtext*) se refiere (N° 321.113);¹⁰⁸ sin embargo, los desarrollos de este autor dan a entender que, al fin de cuentas, la "individualización" de la norma no podría conducir más que a un solo resultado concreto (legítimo) ante cada caso dado.

MÜLLER admite que ese resultado no se halla preestablecido en el texto, sino que resulta de la "estructura" de la proposición jurídica, esto es, de la *relación* entre el "texto" y el "campo" normativos. De tal "estructura" depende el grado de "claridad" del texto (p. 151); hay diversas clases de normas, según que su "campo normativo" se halle en mayor o menor medida individualizado completamente por su "texto normativo". Quiere decir que las diferencias entre los textos, en cuanto a la posibilidad de concretarlas valiéndose únicamente de los medios de una interpretación literal, dependen de las diferencias "estructurales" que hay entre las proposiciones jurídicas. No son los textos en sí mismos quienes son (lingüísticamente, literalmente) más o menos claros e inequívocos; todo depende de la "estructura normativa" (p. 150). Y si ciertos textos parecen muy claros y otros parecen serlo mucho menos, eso no demuestra que entre ellos las diferencias sean de orden "gramatical" (esto es: literal, de la mera formulación lingüística), sino que tal resultado surge de la precomprensión profesional del jurista.

"Que el texto normativo del art. 4-inc. 1 de la Constitución (La libertad de credo, de conciencia, y la libertad de profesar una fe en materia religiosa y en materia de concepciones del mundo, son inviolables') le parezca al jurista 'menos claro', 'más amplio' o 'más indeterminado' que el del art. 52-inc. 1

107 "En general, la normatividad se evidencia únicamente por el establecimiento de reglas para cuestiones jurídicas concretas. Sólo es requerida en el proceso de efectuar dicha regulación y, con ello, deviene efectiva. Una norma jurídica no depende de los casos, pero está sí relacionada con ellos. Y no constituye una pregunta fundamental, a este respecto, la de saber si se trata de un caso que se presenta en la realidad o de uno que simplemente se concibe" (MÜLLER 76 a, p. 127).

108 Sobre las relaciones entre la norma jurídica y su texto, cf. también MÜLLER 66, cap. X; y también el cap. XIII, para las relaciones entre "programa normativo", "campo normativo" y concreción práctica. Cf. asimismo MÜLLER 75, p. 38 ss.

('El Consejo Federal elige su presidente por un año'), no demuestra una diferencia lingüística ('literal', 'gramatical') entre los textos normativos, sino la efectividad de la precomprensión (jurídica). A un no-jurista le parecerá tal vez igualmente 'claro' o 'poco claro' el contenido de ambos enunciados, en base a su precomprensión no jurídica" (MÜLLER 76 a, p. 151). En cuanto al papel de las precomprensiones en la aplicación del derecho, cf. también MÜLLER 66 (p. 47 ss.) y MÜLLER 75 (p. 36 ss.); *vid.* asimismo *supra* I, §§ 8 y 12. j.

No obstante, aunque MÜLLER admite la posibilidad de diferencias de precomprensión y que, por tanto, un mismo texto pueda resultar claro para unos y oscuro para otros, tal posibilidad la menciona únicamente por lo que hace a las diferencias entre juristas y quienes no lo son. Para los juristas, al parecer, en principio no cabría más que una sola apreciación correcta en cuanto al grado de claridad de un texto, si se tiene debidamente en cuenta su "estructura". Dicho de otro modo: los juristas no podrían discrepar (con sinceridad) sobre el alcance de un texto dado, sobre el grado en que tal texto en sí mismo es claro o no; a ese respecto no cabrían dos opiniones (legítimas).

Si damos un paso más adelante, al que ciertamente las tesis de MÜLLER no parecen oponerse, nos vemos llevados a concluir que, en definitiva, la totalidad de los juristas —si saben pensar bien, es decir, reconocer la "estructura" de la norma en cuestión— no podrían dejar de admitir que no hay más que un solo resultado concreto que se justifique con referencia a un texto jurídico, frente a un caso dado. Pero, ¿cómo llegar a ese resultado? Aunque se acepte que la norma tiene una "estructura" como la que MÜLLER señala, con ello quedamos bastante lejos todavía de disponer de criterios capaces de determinar intersubjetivamente los resultados concretos que arrojará la interpretación de dicha "estructura" en cada caso.¹⁰⁹

MÜLLER reconoce, de todos modos, que la interpretación literal, es decir, aquella que trabaja de manera más directa con el

109 Hacia el final de su libro (N° 33), MÜLLER ofrece determinadas ideas para clasificar los distintos procedimientos de interpretación; ello comprende la entrada en juego de ciertos principios de jerarquía, destinados a resolver los casos en donde hubiera contradicciones entre resultados obtenidos por la aplicación de distintas vías interpretativas. Sin embargo, esos principios son bastante vagos, puesto que el autor no nos indica cómo y con qué límites podrían ser llevadas a cabo investigaciones intersubjetivas en el marco de cada uno de dichos procedimientos.

texto mismo, difícilmente logre llegar a ofrecer resultados "evidentes". La objetividad que ella tiene es "limitada", ya que depende de desarrollos y valoraciones de los sentidos lingüísticos. Los resultados de tipo etimológico no son aplicables a la concreción del derecho que está vigente. En definitiva, esa "objetividad" se apoya en convenciones lingüísticas que se hallan impuestas, ya sea en forma general o al menos dentro de la ciencia jurídica (p. 155).

Sin embargo, cabría pensar —decimos nosotros— que si tales criterios de "objetividad" fuesen adoptados de una manera rigurosa, es decir, si se estuviera dispuesto a reconocer *siempre* que el sentido lingüístico de un texto es el que emana de una aplicación de dichas convenciones, entonces podría en muchos casos disponerse de un punto de partida bastante firme (sería lo que luego llamaremos una Autoridad-lenguaje); así, por lo menos quedarían de lado sentidos que no sean legitimados por dichas convenciones. Si se está firmemente dispuesto a respetarlas, más allá de consideraciones (discutidas y discutibles) acerca de la "justicia del caso", el campo de indeterminación de los textos jurídicos se reduciría en mucho. Ante situaciones en que la interpretación resultase dudosa, bastaría entonces con recurrir al dictamen de lingüistas, o al resultado de encuestas (científicamente efectuadas) que tengan por objeto comprobar cuál es la "convención" que *de hecho* domina en el círculo de quienes se juzga legitimados para determinar los criterios semánticos aplicables a la intelección de las leyes. Es verdad que, así y todo, seguirían subsistiendo casos dudosos; pero su número disminuiría en forma considerable.

A diferencia de lo que piensa MÜLLER, el hecho de apoyarse —*rigurosamente!*— en convenciones lingüísticas, no conduce necesariamente a una falta de "método" en la interpretación literal, sino todo lo contrario. Y lo paradójico es que esa hipótesis, que MÜLLER rechaza, constituye acaso la única para la cual él nos ofrece *ciertas* pistas que permitan encaminarse de modo menos inseguro hacia la aprehensión de sentidos normativos. Contrariamente a lo que él insinúa, la interpretación literal, si nos ajustamos con toda firmeza a un tipo de "convenciones" *preestablecidas*, no sería el camino menos metódico para interpretar los textos del derecho, sino, de entre los medios indicados por MÜLLER, el menos ametódico de todos ellos. Aunque las convenciones lingüísticas no están, por cierto, libres de indeterminaciones, los otros "elementos" de la interpretación tomados en cuenta por este autor lo están todavía muchísimo más; en su libro no llega a explicar otros criterios que puedan tener al menos ese *relativo* grado de intersubjetividad que poseen las convenciones lingüísticas.

Puntos de vista como el del recurso a la "estructura normativa", siempre que esto no sea sometido a criterios mucho más precisos que los brindados por MÜLLER, conducen a potenciar al infinito la indeterminación de los textos jurídicos, a dejar que todo quede en definitiva librado a la intuición personal o a la ideología del intérprete. Pero esto con la particularidad —y ahí está lo más engañoso!— de que el asunto aparece presentado como si en realidad no se tratase de un juego de opciones sometido a la decisión de cada intérprete, sino como si los patrones "hermenéuticos" fueran capaces de conducir de una manera *precisa* hacia soluciones unívocas. El enfoque hermeneutista es falacioso, no porque sea inexacto que *de hecho* los juristas piensan más o menos así, sino porque tiende a exhibir ese pensamiento bajo un velo ideológico, una apología implícita, que oculta cuán lejos está la "hermenéutica" de comportar soluciones inequívocas. Ella sirve para legitimar —a los ojos del intérprete y de quienes estén de acuerdo con él— *cualquier* solución interpretativa. Oculta, así, el carácter esencialmente *optativo* que esa solución tiene, por cuanto interpretar en forma "hermenéutica" vale tanto como decir que el intérprete *no sea sometido* a métodos *científicos* (propiamente dichos) para determinar el sentido de los textos.

La posición de MÜLLER, del mismo modo que algunas otras (HASSEMER, ESSER, etc.) inspiradas también en la "hermenéu-

127777
Müller
técnica filosófica",¹¹⁰ no consiguen, pues, superar el relativismo que resulta de las opciones señaladas en los numerales anteriores, sino que más bien contribuyen a *ocultar* que éstas existen en la práctica de la interpretación jurídica. Tanto ellos, como también quienes suelen sostener la doctrina del *sens clair*, recogen puntos de vista idealistas sobre la naturaleza de las formulaciones lingüísticas, no toman en cuenta la eventual *contingencia* del vínculo entre éstas y los sentidos que se les imputan. Es verdad que MÜLLER y otros no creen ya en la existencia de un sentido literal que sea inequívoco y completo en sí mismo. Sin embargo, eso no les impide arribar en definitiva a la conclusión de que, frente a un texto y un caso dado, no habría más que una sola solución jurídica correcta, basada en una sola precomprensión profesional. Precomprensiones, pues, que se hallarían uniformemente extendidas entre los juristas, en función de criterios de "justicia" o como se les quiera llamar ("intereses", "valores", etc.); y las cuales, además, serían lo bastante netas como para hacer que, en definitiva, todos los juristas fueran conducidos, si razonan en forma correcta, a aceptar las mismas soluciones concretas. Al fin de cuentas, así, el sentido de cada texto, una vez debidamente "interpretado" (para lo cual habría que tomar en consideración, por supuesto, también factores extraliterales), resultaría no menos "claro", no menos "inequívoco", revestido con un significado no menos "verdadero" (aunque sea temporalmente), de lo que pensaban (por otras razones) los partidarios de la doctrina del *sens clair*.

Bien mirado, posiciones como la de MÜLLER se rebelan contra una metodología ficticia, la de la dogmática tradicional, para sustituirla por otra no menos indeterminada: hermenéutica, tópica, etc. En uno y otro caso se trata de ideologías jurisdicistas que llevan a ocultar el verdadero fondo que tiene la interpretación en los casos controvertidos: disimulan que, allí, es el intérprete quien *decide* entre alternativas que son todas ellas igualmente "legítimas", tanto desde el punto de vista lingüístico como desde el punto de vista jurídico.

110 Para la crítica de esta tendencia, especialmente con referencia a las ideas de su representante más señalado, GADAMER, cf. HABA 78b, *in totum*.

§ 44. CONCLUSION

Recordando sobre todo la pluralidad de opciones señalada por CLAUSS, podemos concluir que la claridad de un texto depende —para quien está llamado a juzgarla— del punto de vista en que uno se ubique. Aunque CLAUSS se refiere especialmente al problema de saber si un texto es o no es ambiguo, las clasificaciones que él efectúa podemos hacerlas extensivas a las causas de imprecisión en general; en particular, también a la vaguedad y a la textura abierta. Pero cabría plantearse una pregunta: suponiendo que los intérpretes lograran ponerse de acuerdo en adoptar alguno de los puntos de vista señalados, ¿significaría eso que, por el hecho de adoptar tal criterio, los textos así interpretados serían de sentido inequívoco? ¿Lo serían, al menos, para la mayoría de aquellos casos que, de lo contrario, son controvertidos? Si así fuera, frente a cada texto jurídico podríamos llegar, en general, a alguna de las dos clases de resultados siguientes: o bien, a aprehender un sentido (suficientemente) preciso, que se acepte como el significado "claro" de esa formulación; o bien, a reconocer que ésta carece de sentido unívoco, no es "clara".

Lo cierto es que CLAUSS no nos ofrece una respuesta concluyente a ese respecto. Pero en razón de lo que dice, cabe concluir que las posibilidades de precisión no han de ser forzosamente las mismas para todos los puntos de vista indicados. Por ejemplo, él mismo señala que, en la medida en que la interpretación se hace "creadora", nos internamos en el dominio de los juicios de valor, en donde la elección es más incierta (aunque esto no quiere decir —agrega— que el juez capitule ante dicha dificultad; al contrario, llega a adoptar una decisión, y lo hace con la plena convicción de que es justificada) (CLAUSS 70, p. 43 s.). Por ende, la firmeza metódica de una interpretación dependerá, en definitiva, de que se haya elegido, para ella, un "punto de vista" tal que pueda ser llevada a cabo por procedimientos firmes, aptos para hacerla desembocar en resultados unívocos: en una palabra, que el sentido jurídico del texto sea determinado *intersubjetivamente*. A continuación trataremos de indicar bajo qué condiciones es ello posible.

SECCION C):

EL FUNDAMENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS
INTERPRETATIVOS EN EL DERECHO

§ 45: LA IDEA DE "AUTORIDAD"

VER DEFINICION PÁG 195.

Hemos visto que el intérprete puede hallarse ante más de un sentido jurídicamente posible en el momento de indagar el significado de un texto legal. Queremos preguntarnos ahora de qué depende que dichos textos presenten o no esa eventual pluralidad de contenidos semánticos y, allí donde la presentan, de qué depende la elección que efectúe el intérprete. Ambas preguntas las encararemos desde un ángulo especial: como una cuestión de racionalidad. Es decir, que partiremos de la base de que estamos —cosa que no siempre es cierta o que no lo es de un modo integral— ante un intérprete que resuelve esos problemas *racionalmente*. Las dos cuestiones que mencionamos se hallan muy relacionadas y trataremos de resolverlas poniendo de manifiesto cuál es el *fundamento* del sentido que se le imputa a las leyes. Ese fundamento consiste, de acuerdo a lo que ahora pasamos a exponer, en algún tipo de *Autoridad*.¹¹¹

Comencemos por recordar que cualquier formulación lingüística es simplemente un conjunto de signos. Esos signos pueden (o no) referirse a tales o cuales contenidos semánticos, es decir, fungir como símbolos¹¹² de uno o más significados. Así, un texto legal no es otra cosa que el signo de uno o más sentidos normativos. Y, puesto que la relación entre signo (significante) y sentido (significado) es esencialmente convencional (supra, § 35), habrá que preguntarse de quién o de qué depende el decidir en de-

111 El término "racionalidad" lo tomamos de acuerdo al sentido siguiente, estricto: una conclusión es *racional* cuando se funda en razonamientos cuya legitimidad es intersubjetivamente controlable. Sobre esto, cf. HABA 78a, N° II; para el concepto de "intersubjetividad", *vid.* también supra II, § 14. En cuanto a las relaciones específicas que las Autoridades mantienen con una pluralidad de criterios interpretativos que se dan a la hora de "descifrar" el derecho escrito, eso lo he expuesto con algún detalle en mis *Esquemas...* (HABA 72); en la presente Sección me limitaré, en cambio, a desarrollar el concepto general de Autoridad.

112 Prescindimos aquí de la diferencia entre "signo" y "símbolo"; pero cf. WILLIAMS (N° 1) y SCHAFF (Parte II, cap. II, 4, esp. p. 190 ss.), quienes se refieren a esa diferencia.

finitiva cuál será el contenido (sentido jurídico) que se le imputa a la ley (signo).

Si admitimos que el intérprete no fija de manera arbitraria, a su antojo, el sentido de las leyes, entonces no es él quien "decide" cuál será ese contenido, sino que ello tiene que depender de alguna otra instancia. El juez se está *sometiendo* al veredicto de tales instancias cuando re-conoce que la ley dice tal o cual cosa. El juez considera que "descubre", "comprueba", "aprehende" el sentido de la ley, no que lo está creando él mismo. Ahora bien: dado que el sentido de la ley es convencional, también viene a serlo, de una u otra manera, el determinar la "instancia" encargada de "decidir" al respecto. No será, pues, una "instancia" que en sí misma comporte la estricta necesidad de que todo intérprete se atenga a ella, *sólo* a ella, sino que se tratará de alguna "instancia" que es simplemente *posible*. Dicho de otro modo: la pluralidad de sentidos que una ley puede tener, se explica por el hecho de que se puede acudir —convencionalmente— a distintas "instancias" para extraer dicho contenido. Hay que elegir entre ellas.

Preguntar por la "instancia", vale tanto como averiguar cuál es la convención lingüística legitimada para establecer el sentido de una ley, o a quién se le reconoce la legitimación para establecerla. Tiene que haber "algo" o "alguien" que determine cuál es el "verdadero" contenido semántico del texto. "Algo" o "alguien" a quienes se considere que les corresponde dar la "última palabra" al respecto, así sea hipotéticamente. (Ya señalamos que el intérprete, como tal, no hace otra cosa que re-conocer un sentido predeterminado por otra instancia). Estamos, pues, ante un auténtico caso de "autoridad". Esta reside en *aquel* o *aquello* —la "instancia"— a quien es imputada la *decisión* básica en cuanto a elegir las ideas que se tendrá por expresadas mediante los términos de la ley. Se considera que tales ideas se *imponen* al conocimiento del intérprete, quien las re-conoce. Diremos, por eso, que hay una *Autoridad* —sea una persona u otra cosa— ante la cual el intérprete se inclina cuando dice que el texto significa esto o aquello. Pues dicho significado se le aparece, a ese intérprete, como algo que le viene impuesto por el texto; y esto justamente porque aquél entiende que dicho sentido deriva, en una u otra forma, de la Autoridad en cuestión.¹¹³

113 No tenemos por qué entrar, aquí, en la discusión acerca de la medida en que el juez cumple una labor de "creación" al interpretar; sobre ese punto, cf.

La Autoridad (sea esta persona u otra cosa) es la que da el sentido y contenido y significado de esto o aquello ante el cual el intérprete se inclina y se sujeta.

El texto tiene un valor jurídico en la medida en que aquél sirve, como signo, para dirigir la atención del intérprete hacia el pensamiento de un autor, real o hipotético, que le "inyecta" un sentido a la formulación. Ese pensamiento, y no otra cosa, constituye el "contenido" del texto. El "autor" presupuesto, cuyo pensamiento es reconocido —explícita o implícitamente— como Autoridad, puede ser:

- una persona individual (por ejemplo, un monarca);
- un grupo bien determinado de individuos (un cuerpo colectivo integrado de manera bastante definida, como el parlamento);
- o incluso un grupo de composición más difusa (por ejemplo: el pueblo o, en un sentido todavía más vago, el "espíritu del pueblo" o "la voluntad general").

Pero como "autor", Autoridad, podrían fungir también otras clases de instancias, menos susceptibles de ser encaradas como un pensamiento de carácter propiamente psíquico:

- un sujeto de naturaleza metafísica o sobrenatural (Dios, por ejemplo, como en el caso de la Ley de las Doce Tablas);
- ciertos valores (por ejemplo: nociones de derecho natural o en general criterios de justicia, intereses, etc. —de donde podrían extraerse, al menos, ciertos límites para sentidos legítimos de los textos—);
- criterios rectores de la armonía dogmática del ordenamiento de un sistema de derecho positivo (por ejemplo, la necesidad de que haya una adecuación entre tal o cual norma particular y principios generales de ciertos institutos jurídicos, como podrían serlo el de la propiedad o la patria potestad).

Sea como sea, en definitiva se presupone siempre que el sentido puramente conceptual. Utilizamos el término Autoridad, pues, en un sentido amplio:

por todos CARRIÓ 65, Parte III.III. Ahora bien, si se acepta —cosa difícilmente discutible— que semejante "creación" no es total, entonces lo que decimos sobre la relación entre interpretación y Autoridad deberá ser entendido con referencia a la parte *no-voluntarista* de dicha actividad: la interpretación en sí misma, la actividad dirigida a aprehender el sentido *propio* de las leyes. Por lo demás, tampoco hay que olvidar la conocida diferencia que existe, de principio al menos, entre interpretación e integración de la ley.

16 p siguientes
pensamiento Amplio
llamamos Autoridad de la interpretación a todo aquello que, como fundamento inmediato del contenido de un texto de derecho, sirve para decidir cuál es el sentido jurídico de éste.

Y las llamamos "Autoridades" precisamente, porque, tanto si nos referimos a individuos cuanto a meras ideas, siempre presentan la característica siguiente: se trata de entes (naturales o ideales) que se considera independientes y por encima del intérprete. Este no puede "disponer" a su arbitrio del pensamiento que corresponde a ellas. Al contrario, como intérprete tiene el deber de averiguar lo que la Autoridad ha "decidido" establecer como título de un texto jurídico, consiste en ideas que corresponden a alguna Autoridad, ya sea de naturaleza personal o que se trate de un sentido de la ley.

El intérprete aparece así *sometido* —intelectualmente, es decir, como sujeto de *conocimiento*— a aquello que corresponde al fundamento presupuesto para la ley que va a interpretar. Desde tal punto de vista, toda interpretación se apoya, explícita o implícitamente, en una o varias Autoridades. Sin embargo, para que esa interpretación sea racional en sentido propio, verdaderamente metódica, no basta con que exista alguna relación entre el resultado interpretativo y unas Autoridades, sino que deberían darse dos condiciones, que someten a cierto *rigor* los razonamientos de que puede servirse el intérprete:

- la Autoridad debe hallarse suficientemente precisada;
- el sentido que se presenta como resultado de la interpretación debe desprenderse en forma racional de lo que es propio a dicha Autoridad.¹¹⁴

El punto de partida de toda interpretación (racional) debería consistir, por tanto, en plantearse la cuestión siguiente: ese sentido normativo, que se indaga "detrás" de los signos escritos que forman la ley, ¿de *qué* Autoridad emana? En otras palabras: ¿adónde hay que ir a buscar dicho sentido? ¿cuál es la "fuente" que en última instancia *decide* el significado de los textos legales? (es decir, decide qué contenidos semánticos son legítimos y cuáles no, para esos signos). La respuesta a tales interrogantes no podrá sino remitirnos al concepto de alguna *Autoridad*.

¹¹⁴ Sobre el concepto de "precisión", *vid supra* II, §§ 14 ss., esp. el primero de dichos numerales. Y en cuanto al concepto de racionalidad, *vid supra*, n. 111.

Quando decimos que a la Autoridad le corresponde *decidir* sobre el significado del texto, aquí el término "decisión" no comporta de modo necesario que estemos ante un dato de carácter psicológico-voluntarista. No se trata de una "decisión" inscrita en un proceso de naturaleza psíquica, un fenómeno de voluntad propiamente dicha, salvo allí donde aquélla es encarada como el acto de un individuo (o, en todo caso, de un grupo de individuos); solo en tales hipótesis, entonces sí, puede decirse que la Autoridad es ese o esos individuos, como tales, o que lo es el propio acto de voluntad llevado a cabo por ellos en una circunstancia dada (por ejemplo, al votar una ley).

Mas ya habíamos señalado que como Autoridad pueden ser aceptadas también otras cosas, algo que no se materialice en los actos de uno o varios individuos bien determinados. Dijimos que ella puede asimismo consistir, por ejemplo, en un sistema de valores absolutos o de principios técnicos-jurídicos. Pero en tal caso, la "decisión" de la Autoridad no es un *hecho* propiamente dicho, un acontecimiento de la realidad, algo que se verificó en un punto dado del tiempo y del espacio, sino que se trata más bien de un ente de carácter lógico (en sentido amplio): es el contenido conceptual *mismo* de ese sistema-Autoridad, o bien el sentido de una norma inferida racionalmente de dicho sistema. Y si también en tal caso hablamos de que hay una "decisión", es porque el sentido normativo que se determina de esa manera, no es necesario en sí mismo, sino que *depende* del carácter de la Autoridad presupuesta: ésta lo "decide", aunque aquí no se trate de un acto de voluntad, ya que ese sentido emana *lógicamente* del concepto mismo de dicha Autoridad.

En consecuencia, hay que distinguir dos grandes clases de fundamentos interpretativos: Autoridad-voluntad (A-voluntad) y Autoridades-idea (A-idea). En la hipótesis de una A-voluntad, su "decisión" es el pensamiento mismo (real) de uno o varios individuos, o algo que se considera que fue (o pudo ser) pensado por ellos. Mientras que si se trata de una A-idea, ente puramente conceptual, la "decisión" es el propio sentido intelectual en que ese ente consiste, o bien es algún (otro) sentido que se infiere del primero; y todo ello con total independencia del hecho de que esos

sentidos hayan sido o no pensados realmente por tales o cuales personas determinadas.

En definitiva, ^{Racional} el sentido de un texto jurídico puede emanar de una "decisión" correspondiente a alguno de tres grandes tipos de Autoridades:

- un autor (persona individual o colectiva), cuyo pensamiento subjetivo determina el contenido de la ley — Autoridad-persona (A-persona: interpretación subjetiva);
- un sentido lingüístico que se considera ^{Propio} insito objetivamente en el texto mismo, como significado inherente a éste (sin hallarse subordinado al contenido psíquico real del pensamiento de quien ha elaborado el texto) — Autoridad-idea (A-idea: interpretación objetiva);
- un contenido subjetivo u objetivo, que se considera como intrínseco al texto, pero que es completado o corregido en función de elementos extrínsecos a dicho texto — Autoridad ampliada (A-ampliada: interpretación combinada).

Una Autoridad perteneciente a alguno de estos tipos, o una combinación de Autoridades, constituye, en cada caso, el fundamento racional del sentido adjudicado al texto. Pero cabe aclarar que los señalados son sólo los *tipos* (abstractos) de Autoridades. Es en el interior de cada una de dichas categorías en donde se encuentran las Autoridades *concretas* a que recurre el pensamiento de los juristas. Quiere decir que las Autoridades posibles no son tres, sino muchas más: cada tipo abarca muchas variantes, comprende la posibilidad de distintos subtipos. Por ejemplo, entre las posibles A-idea tenemos: criterios estrictamente lingüísticos (A-lenguaje), nociones de justicia, consideración de intereses, concepciones técnico-dogmáticas, etc. (Si se acude a una A-idea habría que empezar por definir con toda precisión, pues, cuáles serán los principios normativos que, para fijarla, se tomarán en cuenta; sólo así se lograría desprender, de ella, conclusiones intersubjetivas sobre el sentido de un texto, a la hora de interpretarlo con base en aquélla).

Hemos dicho que hay Autoridades para la interpretación en el derecho. Término por medio del cual buscamos subrayar el carácter no libre del intérprete, cuanto éste actúa como tal: el hecho de que no es él mismo quien tiene la última palabra en cuanto a decidir cuál sea el sentido del texto legal. Tal decisión le corresponde a otra instancia, la Autoridad que ese intérprete está reconociendo al interpretar. Esta lleva a determinar, frente a la pluralidad de sentidos lingüísticamente susceptibles de ser vinculados al texto, cuál de ellos será de recibo. Nuestro uso del término "Autoridad" quiere servir, justamente, para llamar la atención sobre esa coerción (intelectual) que un "algo" exterior (voluntad o idea) ejerce sobre la conciencia del intérprete, conduciéndolo —presionándolo— a "reconocer" determinado sentido, y a desechar otros, para el texto legal.

El fundamento del sentido de las leyes pertenece, pues, al plano de tales Autoridades. El carácter convencional del lenguaje hace que el sentido normativo de las formulaciones legales tenga que ser decidido por vía de Autoridad. El vínculo que une el texto legal a dichos fundamentos es de naturaleza tal que el fundamento consigue (para aquellos que lo aceptan) imponer racionalmente ciertos sentidos y excluir otros como significado legítimo del texto. "Autoridad" es, pues, eso que impone que una ley tenga antes bien un sentido que otro(s).

De ahí, que todo el problema de lograr una interpretación racional —esto es, intersubjetivamente controlable— de los textos jurídicos, en definitiva desemboca en la cuestión de determinar: (a) cuál será la Autoridad (¡precisa!) a que el intérprete haya de ajustarse; y (b) las vías metódicas más apropiadas para aprehender el sentido de la ley, de manera que éste sea congruente con dicha Autoridad, esto es, de acuerdo a las relaciones racionales existentes entre la formulación lingüística y la Autoridad de que convencionalmente derivará el sentido normativo del texto. Para ello puede también acudir, en su caso, a más de una Autoridad; pero en tal caso deberán hallarse armonizadas entre sí, es decir, tener establecido entre ellas un orden preciso de sus relaciones de complementación y jerarquía.

El intérprete puede elegir entre distintas Autoridades. Pero una vez que él ha elegido, o que cierta elección le ha sido socialmente

inculcada, la Autoridad que se acepta imponer (racionalmente) tales o cuales consecuencias interpretativas. Y en esa no-libertad del intérprete, ya partir del momento en que acepta una Autoridad, consiste toda la posibilidad de encarrilar la interpretación en el derecho hacia métodos propiamente científicos. En cambio, la anarquía o la imprecisión en materia de Autoridades aparta la interpretación jurídica de la posibilidad de someterla a controles intersubjetivos.

§ 48. PROBLEMAS DE LA INTERPRETACION JURIDICA. Si

Si el recurso a Autoridades ha de permitir que la interpretación sea llevada adelante con un mayor grado de racionalidad, ellas deberán suministrar una guía firme para resolver dos problemas principales: el de determinar la orientación, la dirección, que debe seguir cada forma de procedimiento interpretativo, en relación con los textos jurídicos encarados; y el del alcance, la relevancia jurídica, que el o los significados así aprehendidos tienen con vistas a determinar el sentido que a cada texto le corresponde en su aplicación a casos dados.

En cuanto al problema de la orientación, habría que preguntarse, por ejemplo:

- un determinado método interpretativo, ¿se debe aplicar a tal o cual precepto aislado, o ha de ser aplicado a un conjunto (más o menos amplio) de disposiciones?
- y en la segunda de esas dos posibilidades, ¿a qué conjuntos se aplicará dicha interpretación? ¿cómo se determinarán los límites de cada uno de éstos? ¿qué disposiciones quedan "adentro" y cuáles "afuera" del conjunto interpretado?
- por otro lado, ¿los textos deberán ser tomados de acuerdo a su sentido "estricto", o podrán asimismo ser entendidos en sentidos más amplios? ¿y cómo se distinguirá entre lo uno y lo otro?
- ¿habrá que entender los términos de acuerdo a su o sus acepciones más corrientes, o antes bien indagar unos sentidos de carácter "técnico"?
- ¿corresponde determinar el significado de las expresiones según el uso actual del lenguaje, o habrá que ajustarse (en su caso) al uso que de ese lenguaje se hacía en el tiempo de la legislación?

En cuanto al problema del alcance, ello se refiere a la cuestión de saber hasta qué punto —en qué *grado*— uno de esos sentidos, dando por supuesto que “corresponde” al texto, deberá considerarse como *la* solución de un caso al cual el texto sea aplicable. Es decir, cuando el texto admite variantes dentro del marco de su sentido legítimo (ya sea porque se acepta la viabilidad de más de un método interpretativo, ya sea porque el mismo método puede indicar la presencia de más de un sentido posible), entonces hay que preguntarse:

- ¿cómo se combinarán o limitarán recíprocamente esos sentidos, para hallar la solución concreta de casos prácticos?
- ¿bajo qué condiciones y hasta dónde será aplicable cada uno de dichos sentidos?
- ¿cuál significado predominará sobre cuál, y en qué medida, llegado el caso?

Todos esos problemas pueden resolverse, en muchas situaciones, si el intérprete tiene claro las Autoridades presupuestas y si él se ajusta efectivamente a lo que resulta de éstas. En efecto, sobre la base de la o las Autoridades (precisas) llamadas a dirigir la interpretación, en cada caso podrá determinarse intersubjetivamente:

- cuál o cuáles sentidos jurídicos corresponden al texto, y cuáles no;
- supuesto que este tenga más de un sentido (legitimado por la Autoridad), cuál de ellos será aplicable frente a un caso concreto;
- en qué caso el texto es poco claro, o sea, que de la Autoridad no emanan criterios bastante firmes para decidir si la fórmula legal es o no es aplicable a una situación dada.

Por ejemplo: frente a un cuadro de posibilidades como el que ofrecen los distintos puntos de vista que pueden ser traídos a colación como tipos de *sens clair* (*supra*, § 42), bastaría con saber a ciencia cierta a qué Autoridad tiene que remitirse el intérprete

—vg., a una forma “objetiva”—, para que automáticamente queden descartadas muchas de esas posibilidades —vg., las formas “subjetivas”—.

En una palabra, cuanto más alto sea el grado de precisión con que se encuentren preestablecidas las Autoridades y las relaciones entre ellas, tanto menor equivocidad tolerará la interpretación de los textos jurídicos efectuada con base en tales Autoridades.

Ahora bien, es innegable que los intérpretes se someten a Autoridades, aunque sea en forma implícita; sólo que no siempre lo hacen de una manera lo bastante coherente y consecuente. Veamos con un poco más de detalle, pues, el papel fundamental que dichas Autoridades revisten, de hecho, en el razonamiento de los juristas. Y eso permitirá corroborar nuestra tesis de que, en la comprensión del lenguaje jurídico, en última instancia las alternativas se reducen —vistas desde un plano de racionalidad— a la posibilidad de optar entre Autoridades.

§ 49. AUTORIDAD-PERSONA

Una A-persona se halla presupuesta en numerosos razonamientos interpretativos. Por ejemplo, cuando se dice que, puesto que el legislador se ha expresado en un cierto lenguaje, él ha “querido” que el texto se entienda justamente de acuerdo al sentido “claro”, directo, evidente, que su formulación presenta de acuerdo a las reglas comunes de dicho lenguaje. En tal caso, a fin de comprender lo que esa disposición dice *en sí misma*, no sería forzoso “armonizar” dicho sentido (“claro”) con el sentido de otros preceptos, es decir, con disposiciones elaboradas por otro legislador (leyes sancionadas antes o después).

Prescindimos aquí del caso de la existencia de contradicciones (netas) entre dos preceptos, formulados de manera igualmente “clara” cada uno por su lado: es decir, cuando uno de ellos dice “sí”, con respecto a la misma situación para la que el otro dice “no”. Eso no concierne a la interpretación de *cada uno* de los preceptos en sí mismo, con base en la A-persona que lo emitió, pues es de *tal* interpretación que puede surgir “claramente” que ellos se oponen entre sí. Ahí el problema es el de saber cuál de esos sentidos predominará sobre el otro. Y esto no resultará de la interpretación de cada uno de ellos, sino de la aplicación de criterios que están más allá: por ejemplo, del prin-

cipio según el cual la norma posterior deroga a las precedentes que sean incompatibles con aquélla. Pero este principio podría interpretarse como estableciendo una jerarquía entre Autoridades-persona, o sea, determinando que predomina la "autoridad" del legislador posterior.

Falta saber cuáles serían las reglas lingüísticas imputadas a la A-persona en cuestión. A ese respecto caben dos respuestas: que el legislador haya querido atenerse al uso común del lenguaje; o bien, que haya preferido convalidar —aunque sólo fuera con respecto a ciertas expresiones— algún uso más especializado, particularmente acepciones de estricto carácter técnico-jurídico. De una u otra manera, sin embargo, siempre se trataría de una A-persona; ella es considerada, aquí, como la fuente de *decisión* acerca de cuáles son las clases de usos lingüísticos a que el intérprete debe ajustarse.

Esta elección puede hallarse determinada de una manera un tanto apriorística, es decir, en base a una concepción *general* del "tipo" de voluntad que corresponde al legislador. En tal caso, empero, nos hallamos ya bastante cerca de concebirla más bien como una A-idea, sobre todo si no se admite la posibilidad de proporcionar pruebas en contra (acerca de cuál ha sido la voluntad *empírica* del legislador en cuestión); se trataría, al fin de cuentas, de una hipótesis como la del "buen legislador", la *idea* de que el legislador es estrictamente racional (cf. HABA 77a, N° II, p. 79 *in fine* y 80). Pero también se puede adoptar, en cambio, una posición más flexible: admitir *diferentes* clases de legisladores; o aceptar que un mismo legislador pueda estar usando tipos distintos de lenguaje, según las expresiones que ha utilizado en cada caso. Bajo tales supuestos, al intérprete se le puede plantear el problema de probar cuál ha sido, en cada respecto, el enfoque lingüístico "querido" por el legislador. Sin embargo, la mayoría de los autores tienden a inclinarse, cuando manejan argumentos extraídos de "la voluntad del legislador", hacia la vía del apriorismo; aunque con frecuencia lo hacen en forma que no es del todo consecuente, es decir, sin dejar de recurrir también, en forma híbrida, a argumentos ligados a la voluntad empíricamente manifestada por los autores de la ley, esto es, a una A-persona propiamente dicha.

La voluntad del legislador como Autoridad en la interpretación.
La referencia a relaciones entre la interpretación y la voluntad del

legislador, tomada ésta como fundamento de aquélla, se encuentra con mucha frecuencia en la doctrina jurídica. Recogeremos a continuación algunas de esas opiniones, en particular para destacar cómo los juristas suelen vincular el lenguaje de las leyes a lo que tuvieron en mente sus autores: A-persona. Eso nos permitirá corroborar que dichas formas de interpretar corresponden, en efecto, a las posibilidades que acabamos de señalar.

Según GÉNY 19, "se dice que la interpretación es esencialmente *gramatical* o *literal*, porque en efecto no se supone que el legislador, para expresar su pensamiento, se aparte de las reglas normales y usuales de la lengua" (T. I, N° 14, p. 31). "El legislador expresa su voluntad, de la cual hace la ley, en una fórmula" (*ib.*, N° 58, p. 119). *Vid.* también *supra*, la cita de GÉNY efectuada poco antes de la n. 94.

BARTHOLOMEYCIK puntualiza que la interpretación se impone, al menos como un primer paso, por el "respeto" debido al legislador. "Comenzar por la interpretación de las palabras, quiere decir tener respeto por la labor científica de los padres de nuestras leyes. (...) Claro que el grado de ese respeto puede ser distinto, según que se trate del Código Civil o de alguna legislación de emergencia en tiempos de guerra, que como señal en la frente trae escrita la circunstancia temporal de su origen" (p. 18-19).

G./D. REINICKE encuentran, en base al análisis que han efectuado de sentencias alemanas, que "en primer término se puede tomar, como punto de partida, que el legislador ha expresado correctamente sus ideas" (p. 1034). Sin embargo, agregan, esas sentencias admiten también la posibilidad de que el legislador se haya equivocado al expresar su pensamiento, o que no haya previsto cierto conflicto de intereses; casos en los cuales es necesario remontarse más allá de la letra, a los valores perseguidos por dicho legislador: "la remisión al texto claro de la ley, no representa todavía una fundamentación suficiente. (...) El tribunal (*Senat*) ha considerado relevantes las valoraciones que están en la base de las prescripciones tal cual estas fueran concebidas (*Gebotsvors-tellungen*) por el legislador (la voluntad normativa), pues las ideas del legislador pueden haberse originado en forma errónea, sobre la base de una equivocación en el motivo" (p. 1034-1035). Para descubrir, en su caso, la verdadera voluntad del legislador, se examina entonces la forma en que se originó la ley o se estudia la balanza de intereses que constituye su base (p. 1036-1037). De cualquier manera, como se ve, siempre se trata de hallar, por uno u otro camino, lo que quiso decidir ese legislador, o sea, que el sentido de la ley se presupone dado por una A-voluntad.

VONGLIS señala que las relaciones entre el texto de la ley y la voluntad del legislador eran tomadas ya en cuenta como criterio interpretativo por parte de los juristas romanos. "La volun-

tad del legislador es la idea expresada por los *verba* que constituyen el texto legal. (...) Es directamente en ... los *verba*, pues, que debe ser buscada esa voluntad" (p. 31). "Significa presumir, en el legislador, la doble adecuación del pensamiento a las necesidades y de la expresión al pensamiento" (p. 33). "La interpretación *ex voluntate* es así, de hecho, una interpretación *ex verbis*, una interpretación literal, lo que no puede parecer paradójico más que si no se le otorga a la palabra *voluntas* su sentido propio, el de voluntad de uno o varios hombres, el de fenómeno psicológico exteriorizado por medio del lenguaje [... la interpretación literal tiene por fin la determinación de la voluntad del legislador, según normas de comprensión particulares, ...]. Para manifestar su obediencia a la voluntad del legislador, el intérprete debe respetar los límites dentro de los cuales ella está encerrada. Debe poner en vigor la totalidad del sentido literal de los *verba* y cuidarse de no ir más allá de éste" (p. 42-43). No obstante: "Ninguna ley, ningún tratado, ningún acto privado, conservan su valor si uno se aferra a las palabras, prescindiendo de la intención de los redactores" (p. 129). *Vid.* también las citas de VONGLIS (p. 190-191 y 195) recogidas en HABA 77b, n. 35. (Sobre la noción de *verba*, cf. KELLER, p. 45, n. 44; y en cuanto a las interpretaciones que recurren a la *voluntas*, sobre todo en lo concerniente a las disposiciones testamentarias, cf. HORAK, N° 15).

SBRICCOLI pone de manifiesto, en forma análoga, las relaciones que había entre el *communis usus loquendi* y una voluntad (presuntiva), en los estatutos medievales. "Desde el momento en que, como se presume, los estatutarios han usado la lengua corriente que es común en la ciudad, sólo refiriéndose a ese *communis usus* se podrá reconstruir exactamente la intención de ellos, allí donde resulte oscura. El *communis usus loquendi* aparece, así, como una de las claves esenciales para remontarse a la *mens statuentium*" (p. 178-179). "La verdadera interpretación literal ... aplica fielmente la voluntad expresada del legislador" (p. 433, n. 69).

VERNENGO recuerda, como un antecedente de la interpretación literal (cap. X), que SANTO TOMAS DE AQUINO había señalado, con referencia a los textos sagrados, que el sentido literal es el primero porque es el que ha querido el autor mismo: *sensus litteralis est, quem auctor intendit*. Sobre dicho sentido se funda, según STO. TOMAS, cualquier otra interpretación racional (p. 71). Y lo propio se da en cuanto a las leyes del Estado. Pues también éstas "tienen un autor que las comunica a través de algún discurso: la letra de la ley será también, en primer término, lo que su autor quería; y el desentrañamiento de cualquier otro sentido posible, necesaria y racionalmente ha de partir del tenor externo dado por el legislador, de la *litterale sententia*" (p. 72). Claro que el legislador-hombre puede equivocarse en la

redacción: "sea que la letra de la ley no transmite lo que propone (*lex deficiens*), sea que la letra contraría el sentido fundante, el *ius naturale* que le otorga fuerza (*robur*)" (p. 73). De todas maneras, empero, hay que tener en cuenta sobre todo la voluntad del autor de la ley. "Y, por tanto, si bien el sentido literal es en principio el que obliga, no es necesario que los vocablos usados acierten en expresar la verdadera voluntad legislativa. La intención del autor de la ley es criterio fundante del sentido literal del texto" (*ib.*).

HECK subraya que las reglas de la lengua son aplicables a las leyes sólo en la medida en que, en cada caso, es probable que el legislador haya seguido justamente esas reglas (N° 13.11). La voluntad del legislador aparece, así, como capaz de justificar una corrección del sentido textual. "Si la voluntad es conocida, entonces ya no importa si se puede decir que ella ha encontrado una expresión lingüística adecuada... la corrección de errores lingüísticos reconocidos ha de competirle al juez, del mismo modo que en la vida cotidiana eso es ejercido por quienquiera que cumple un mandato" (N° 13, p. 100). Y tal es también la opinión de COVIELLO: "Vale respecto de la ley, la misma regla de interpretación que respecto de los negocios jurídicos: hay que tener en cuenta la intención, antes que el sentido literal de las palabras" (N° 25. I, p. 77).

Para el derecho usamericano, LEVI (N° III) señala que en la interpretación se trata de "lo que el legislador tuvo en mira" (p. 44). Las reglas de interpretación aparecen, así, como procedimientos destinados a descubrir dicha intención. Sin embargo, las palabras son insuficientes (p. 42), la intención del legislador es ambigua (p. 44). Ahora bien, aunque LEVI se muestra escéptico en cuanto a la posibilidad de localizar una voluntad precisa del legislador (p. 44 s.), empero considera que ese esfuerzo de los tribunales, de someterse a dicha intención, marca una diferencia frente al derecho jurisprudencial, pues la legislación le impone al juez ajustarse a las palabras de la ley. Pero el sentido de esas palabras puede cambiar, justamente por el hecho de que el intérprete se remita a la "verdadera" intención normativa del legislador (p. 46 ss.).

Según LARENZ: "La referencia al uso lingüístico es lo más próximo, porque se puede suponer que quien quiere decir algo, va a utilizar las palabras según el sentido en que habitualmente son entendidas" (Parte II, cap. 4.2.a, p. 307).

SCHREIBER 66 va más lejos: "una expresión lingüística hay que entenderla *siempre* de acuerdo a lo que ha querido decir el que la emite" (p. 177 —subrayado nuestro, E.P.H.—). A partir de allí, dicho autor concluye que el sentido de los términos legales debe siempre depender de la voluntad del legislador. Si éste ha proporcionado definiciones, hay que estar a ellas. Y si no las

ha dado, habrá que ajustarse al uso lingüístico admitido por tal legislador: "existe simplemente la presunción de que el autor de las normas ha puesto en sus expresiones el mismo contenido de significación que el usado por otros miembros de la comunidad lingüística. Si es seguro que el autor de las normas se ha apartado del uso lingüístico común, entonces sería proceder conscientemente a malinterpretarlo, el que a sus formulaciones quisiera adjudicársele un contenido de significación distinto que aquel que él mismo ha vinculado a la expresión" (p. 179). Sin embargo, los errores del legislador, al elegir sus expresiones, pueden ser corregidos. Pues es sobre todo a sus juicios de valor que hay que someterse, con relación a los cuales las palabras no constituyen más que un *medio* de expresión. "Si se es consciente de que, en la aplicación de una norma jurídica, la legitimidad de la decisión jurídica debe apoyarse en un juicio de valor, que un órgano expresamente establecido para ello, el legislador, ha fallado; de eso se sigue que lo decisivo no puede ser la formulación de la ley, tal como ella ha surgido casualmente, por un error al elegir la expresión lingüística, sino que debe ser encarada como una expresión de la decisión valorativa adoptada por el legislador" (p. 178-179). Para la posición de SCHREIBER, *vid.* también *supra* II, § 25.

Esa necesidad de basarse en la voluntad del autor, ROSS 63 la extiende incluso al punto de servir para determinar el alcance del *contexto* al que es necesario referirse cuando se interpreta una fórmula. "La interpretación por conexión no se apoya en el uso lingüístico y no utiliza como herramientas las palabras empleadas, sino otros datos. Ella trabaja con todos los hechos, hipótesis y experiencias que puedan arrojar luz sobre lo que una persona intentó comunicar. (...) En mérito a todo esto hay que decidir qué puede ser aceptado, de acuerdo con las circunstancias, como contexto y situación. El contexto se extiende hasta donde se pueda suponer que una expresión fue formulada teniendo otra en mente, y que el autor *quiso* que ambas se aplicaran en forma conjunta" (Nº 24, p. 113 —subrayado nuestro, E.P.H.—).

En una u otra forma, la mayoría de los autores no dejan de tener en cuenta (en mayor o menor grado) la voluntad del legislador, para determinar el sentido de los textos legales. Hemos visto que, según CLAUSS, hay distintas concepciones acerca de cuándo una formulación jurídica es "clara", y entre tales concepciones se encuentran las que se remiten especialmente a dicha voluntad: formas "subjetiva" e "intermedia" de la doctrina del *sens clair* (*supra*, § 42). Pero esa "voluntad del legislador" puede ser concebida de distintas maneras, lo cual, a su vez, puede conducir a apreciaciones diferentes en cuanto a la "claridad" (o no) que se le reconozca a un texto.

CLAUSS 70 llega a señalar, así, una serie de posibilidades en el marco de la forma "intermedia" de la doctrina en cuestión.

"Bajo 'voluntad del legislador' puede entenderse no sólo aquello que 'el' legislador quiso decir pero no llegó a decir, sino también lo que él quiso ocasionar pero que mediante la norma legislada resulta total o parcialmente imposible de alcanzar, o aquello que tiene efectos secundarios no deseados. Si los fines del legislador no se cubren con lo que dijo, eso descansa sobre defectos de exposición (*Erklärungsfehlern*); y en caso extremo, sobre errores en la expresión. Si, en cambio, aquellos fines no se cubren con los efectos producidos, entonces el legislador cometió ya sea errores de razonamiento, o bien captó la realidad en forma insuficiente o equivocada; en tales casos existe un error en el móvil (*Beweggrund*): (...) a) Cuando hay defectos de exposición, una norma es contemplada como equívoca en el sentido de la doctrina intermedia del *sens clair*; pues ahí la letra no se cubre con el sentido que el legislador ligó a ésta. (...) b) Distinto es cuando los fines del legislador se cubre en realidad con lo dicho, pero no con los efectos que ello produce. En tal caso, la norma aparece como unívoca desde la perspectiva del legislador; pues el legislador ha querido que el texto sea así, tal cual se cumple" (p. 26-27).

Es posible suscribir aún a otros tipos de voluntarismos, esto es, tratar de fundar el sentido del texto en lo que piensan personas que no pertenecen al cuerpo legislativo. Así es que ZIPPELIUS, al preguntarse de *quién* son esas ideas que se imputan a los "signos" constituidos por los términos de la ley (Nº 4.a *in limine*, p. 23), se ve llevado a concluir (Nº 4.b, p. 26 s.) que no es indispensable fundar su interpretación en las ideas del autor, es decir, en las que éste mismo ha querido ver ligadas al texto legal. Porque también se podría aceptar, en cambio, el punto de vista de tal o cual sector, para fundar una interpretación: por ejemplo, atenerse a la sensibilidad jurídica (*Rechtsempfinden*) que corresponda al sentimiento de la mayoría de la población. Y una interpretación semejante conduciría a elegir, entre los posibles significados del texto, el que se halle más próximo del *ethos* social dominante.

Para justificar dicha posición, ZIPPELIUS señala que "en la democracia representativa hay un elemento de democracia directa: aunque los órganos representativos no deban seguir cualquier oscilación de la opinión pública, corresponde que se ajusten, de todos modos, al *ethos* social dominante en la comunidad y que lo expresen a través de las leyes. (...) Por consiguiente, en una democracia representativa hay que elegir, entre los significados posibles de las leyes, aquellos que estén más cerca del *ethos* social que domina en la comunidad" (Nº 4.b, p. 27). Pero ahí nos encontramos ya en el terreno de una A-idea, tal vez, más bien que en el marco de una A-persona; o podría considerarse, en todo caso, que se trata de una A-voluntad consistente en lo que decide el pueblo o la mayoría de los ciudadanos. Por lo demás, el propio ZIPPELIUS habla (p. 28) de una interpretación "objetiva",

a este respecto, haciendo referencia al "espíritu del pueblo" (SAVIGNY), la "Razón objetiva" (HEGEL) y el "espíritu objetivo" (N. HARTMANN).

Sea como sea, ese recurso a la "voluntad del legislador", o a cualesquiera otras "voluntades", como factor que se entiende decisivo para determinar cuál es el sentido que corresponde adjudicarle a los textos jurídicos, demuestra cómo, en efecto, el lenguaje de éstos se entiende regido por convenciones fundadas en una A-persona. Claro que, en los hechos, el apelar a ésta, para legitimar una interpretación dada, puede constituir un simple recurso retórico: a veces el intérprete imputa al legislador, una solución normativa en la cual éste ni siquiera pensó. Pero ello no quita que, en otros casos, se busque sinceramente ajustarse al sentido normativo querido por el autor de la ley. Por lo demás, incluso allí donde se acude en forma fictiva al autor, esta misma necesidad en que el intérprete entiende hallarse de legitimar así la interpretación del texto, está diciendo que reconoce la *validez* de esa A-persona, aunque *de hecho* le sea más o menos infiel.¹¹⁵

§ 50. AUTORIDAD-IDEA

En el marco de este tipo de Autoridades entran todas aquellas que consisten en meros contenidos intelectivos, sin tomar en consideración quién sea su autor o expositor. Supongamos, por ejemplo, que el derecho es encarado como un "pensamiento objetivo" estructurado en función de ciertos principios técnicos que se consideran necesarios para ordenar —dogmática jurídica— el material suministrado por las leyes. Si es así, entonces los términos de un precepto deben siempre ser interpretados a la luz de tales principios, es decir, de ciertas ideas fundamentales que constituyen el ligamen básico que permite considerar como un conjunto unitario las normas integrantes de un instituto jurídico, al cual se entiende que pertenece el precepto en cuestión.

Sin embargo, la importancia que revisten los principios de la técnica jurídica, esto es, la medida en la cual ellos estarían llamados a determinar o completar (o incluso a imponerse sobre) el sentido textual, es cosa que admite diversas soluciones. BARTHO-

¹¹⁵ Para las cuestiones referentes al valor metodológico que tiene el recurso a "la voluntad del legislador", cf. mi artículo sobre ese tema: HABA 77a. Y en cuanto al papel de la retórica en la interpretación jurídica, *vid. infra*, §§ 56 ss.

LOMEYCZIK, por ejemplo, no les reconoce, al fin de cuentas, más que una importancia secundaria.¹¹⁶ Una posición diametralmente opuesta, en cambio, es la que resulta, por ejemplo, de la tesis desarrollada por ESSER en su libro *Principio y Norma*. Para él, la comprensión de los textos legales se halla atravesada *siempre*, desde ya, por la coloración que le prestan principios jurídicos (*Grundsätze*): no es posible aprehender el contenido de la norma si no es, justamente, a la luz de tales o cuales *principios* del derecho, pues éstos contribuyen a conformar *toda* interpretación de la ley (*op. cit., passim*).

El recurso a los principios jurídicos constituye una forma de la interpretación llamada "objetiva". Pero ésta ofrece también otras formas: las que se apoyan sobre Autoridades como los "intereses" jurídicamente relevantes, las "finalidades" de la norma, etc. Cualquiera de estas ideas puede ser propuesta, en su caso, como fundamento de interpretaciones.

HECK considera que el sentido puramente lingüístico (*reiner Wortsinn, Wortlaut, sprachlicher Ausdruck, sprachlicher Sinn*), es decir, el significado habitual de las palabras, constituye uno de los subtipos posibles de "sentido objetivo" (Nº 4.5, p. 65). Y tal sentido "objetivo" no es, para este autor, más que el resultado de una "interpretación hipotética", porque se funda en la idea que nos hagamos acerca de un "tipo" determinado de intérprete. En efecto, tal idea impone ciertas condiciones al intérprete (*ideal*), en cuanto al horizonte intelectual (*Empfängerhorizont*) y a la diligencia interpretativa (*Deutungsdiligenz*: grado de atención, esfuerzo, etc.) que se espera de aquél. "Quien quiera comprobar los efectos que suele, puede o debe tener una declaración (*Erklärung*), se hará la idea de una persona más o menos típica que por su parte interpreta históricamente dicha declaración, y entonces se representará el resultado de tal interpretación. Por tanto, la interpretación objetiva es la reproducción, el espejo, de una interpretación histórica que uno se representa" (Nº 4.3, p. 64).

Ahora bien, cuando se trata de una interpretación literal, ese "tipo" —dice HECK— se encuentra conformado en función de exigencias que son *mínimas*. "Sólo se presupone que haya percepción de las palabras, pertenencia a una comunidad lingüística y una conciencia despierta" (Nº 4.4, p. 65). No obstante, dada la

¹¹⁶ "Los principios (*Lehrsätze*) dogmáticos son indispensables para la obtención de más amplias visiones sistemáticas de conjunto; no obstante, la decisión judicial no ha de fundarse en ellas, sino de modo directo en la ley" (BARTHOLOMEYCZIK, p. 35).

extensa variedad de las nociones lingüísticas que son posibles en esa colectividad, y teniendo en cuenta la importancia del contexto, como así también la imposibilidad de aislar claramente las reglas lingüísticas frente a otros tipos de reglas, no existe un criterio de decisión propiamente "lingüístico" para *elegir* entre la diversos significados que pueden corresponder todos —en el plano lingüístico— a la misma expresión. La única solución, para decidir entre esa pluralidad de sentidos lingüísticamente posibles, es entonces la de manejarse en función de ciertos "intereses" protegidos por las normas jurídicas. "No existe ningún criterio decisivo, si no se toman en cuenta determinados intereses" (Nº 12.3 *in fine*, p. 95). Con referencia a los puntos de vista de HECK, *vid.* también *supra* I, §§ 2 *in limine* y 12. g; cf. asimismo HABA 77b, Nº IV.

DUBISCHAR (Nº 6.3) presenta las observaciones siguientes. Entre las reglas jurídicas aplicables a la comprensión de las palabras, es decir, reglas para elegir dentro del margen de decisión (*Beurteilungsspielraum*) que el lenguaje deja abierto al juicio del intérprete, están los principios correspondientes a las interpretaciones "normativa" y "teleológica". En cuanto a la primera (Nº 6.3.1), ésta se atiene al principio de la habitualidad (*Üblichkeit*). "La interpretación no se rige, pues, en base al hecho de cómo un cambio es pensado o entendido en forma personal (subjetivamente), sino que se atiene a cómo ese cambio debe o puede ser entendido de acuerdo a las circunstancias y por lo habitual" (p. 93). En cuanto a la segunda (Nº 6.3.2), ella se funda sobre ideas de finalidad, de conveniencia, etc. Ahí son posibles distintas orientaciones: "¿Los motivos del autor de la regulación, tal como corresponde reconstruirlos en función de los trabajos preparatorios de la ley, deben ser considerados como decisivos? ¿O serlo únicamente los fines que pueden leerse a la letra de la regulación? ¿O cabe tener por vinculantes aquellos fines que considera como dignos de ser perseguidos aquel que, en el día de hoy, desea alcanzar un resultado útil y valiéndose de una regulación del ayer? No todas las leyes llevan tan claramente marcados en la frente sus fines legales..." (p. 98).

He ahí, pues, distintas concepciones posibles en cuanto al contenido de las A-ideas. Según cuál de aquéllas sea la acogida, de ello dependerá la solución que se brinde al interpretar el lenguaje de los textos jurídicos. Y posiblemente esto tenga que ver, en última instancia, con la filosofía jurídica y en general socio-política que, consciente o inconscientemente, esté aceptando el intérprete.¹¹⁷

¹¹⁷ Luego de haber señalado diversas posibilidades para la interpretación "objetiva" (*supra*, § 49 *in fine*), un autor como ZIPPELIUS, por ejemplo, llega a la siguiente conclusión: "Cuál es la interpretación que uno elige, eso depende de qué filosofía del Estado uno tenga" Nº 4. b *in fine*, p. 29). *Vid. infra*, § 57.

§ 51. ALTERNATIVAS EN EL PLANO DEL TIEMPO.

Tanto las interpretaciones "objetivas" como las "subjetivas" pueden ubicarse en distintos puntos temporales. Ellas pueden referirse: ya sea a una Autoridad que se manifiesta en el presente, aquella cuya "decisión" (sobre el sentido de la fórmula legal) se considera como algo que se produce en el momento mismo de la aplicación (actual) del texto; ya sea, en cambio, fundarse en una Autoridad situada en el pasado, cuando se considera que el legislador ya lo ha "decidido" todo en ocasión de emitir la ley.

Tales alternativas pueden darse, por lo pronto, con referencia a las A-persona. Es posible, así, tratar de ajustarse a la "voluntad" del autor del texto, tal y como ésta se ha dado en la oportunidad de elaborarlo. Pero asimismo es posible, en cambio, indagar más bien la voluntad presunta de ese autor, partiendo de la hipótesis de que, si él hubiera tenido conocimiento de ciertas circunstancias actuales, hubiera adoptado tal o cual solución. O bien, es posible basarse no ya en la voluntad del autor (antiguo) de la ley, sino sobre la del legislador actual; en tal caso, la aplicación o no del texto se decidirá según lo que se considera que al respecto piensa —o se presume que pensaría— el órgano que en el presente es el legitimado para crear y derogar leyes. Pero desde este último punto de vista, aún caben, frente a una ley antigua, distintos subtipos de soluciones. Por ejemplo: considerar que, por el hecho de que el legislador actual no ha derogado la ley, eso significa que éste ratifica el sentido originario de aquélla, es decir, que suscribe lo que entendía el legislador de antes; o considerar, en cambio, que aquél desea que la ley sea entendida según las circunstancias sociales actuales, que son distintas a las de antes.

Alternativas análogas pueden plantearse con referencia a las A-ideas. Así, se puede preguntar por la "idea" originaria: por ejemplo, considerar el sentido que ese lenguaje tenía en la época en que se dictó el precepto. O bien, preferir ajustarse a una idea que haya surgido actualmente, o estar a la evolución sufrida por un concepto: por ejemplo, recoger el sentido técnico que hoy presentan ciertos términos de la ley, de acuerdo a institutos jurídicos que la doctrina ha elaborado (o reelaborado) más recientemente.

SBRICCOLI señala (p. 188) que, para la determinación del *usus loquendi*, se planteaba el problema de saber si habría que

referirse al *usus* del momento en que interviene el intérprete o al de la época en que surgió la norma. COVIELLO (Nº 25.I, p. 77 s.) considera que se debe respetar el sentido que los términos tenían en la época y lugar en que fueron escritos; y esto valdría tanto para el sentido técnico-jurídico de términos especiales, como también para aquellas palabras que deben ser tomadas de acuerdo a su significado común.

SCHREIBER 66 subraya (p. 165) que, en razón de la propia función que tiene el lenguaje, hay que ajustarse a las reglas que se utilizan en el momento de creación de la norma. De otra manera, se estaría estableciendo una nueva norma, no se trataría ya de una interpretación sino de una "creación" (*supra* II, § 25). Según él, debe adoptarse la primera de estas dos posibilidades, con el objeto de respetar la voluntad del legislador. "Si la ley es enfocada como la voluntad del legislador, entonces es la voluntad del momento en que el legislador se ocupó de la ley. Esta voluntad es un hecho histórico y éste no puede ser modificado. Incluso si se debiera aceptar la idea de que el contenido de la voluntad del legislador cambia con relación a un dominio, aun así no se comprendería por qué ese contenido debiera seguir automáticamente a cualquier uso lingüístico más o menos casual. Y en caso de que se objetara que el uso lingüístico es modificado conscientemente con visitas al resultado, con eso se admite al mismo tiempo que, por tanto, se modifica el contenido de la ley" (p. 165, n. 325; *vid.* también la opinión de SCHREIBER transcrita en el numeral anterior).

También LARENZ entiende (p. 310) que se debe tener en cuenta el hecho de que el legislador ha partido del uso lingüístico de su época; porque si se toma sin más el significado actual, es probable que la intención del legislador no sea respetada. No obstante, agrega, si una expresión no tuviera un sentido fijo (aceptado por el legislador) en dicha época, es preferible tomar en consideración el sentido que resulta posible en la actualidad, para los casos en que de ese modo se arriba a una interpretación más adecuada a la finalidad o al fundamento de la norma, puesto que el lector actual comprende los textos de acuerdo al uso que de la lengua se hace en el presente.

Pero es posible ir mucho más lejos. ZIPPELIUS (Nº 4.c), por ejemplo, considera que *siempre* se impone la concepción *actualmente* dominante. Como el fundamento de legitimidad del derecho se ubica en el momento presente, la ley ha de interpretarse *ex nunc*, en función del "margen de sentidos" (*Bedeutungsspiel-*

raum) que el significado posible de los términos legales deja abierto a la apreciación del intérprete. "La base de legitimidad del derecho que corresponde practicar hoy, no está situada en el pasado sino en el presente. La comunidad jurídica actual puede disponer en todo momento sobre el derecho que le llega; puede derogarlo o cambiarlo. Esto se puede formular apoyándose en un pensamiento de Thomas HOBBS (*Leviatán*, cap. 26): Para el presente no interesa cuál fue la autoridad que en una ocasión emitiera la ley, sino por cuál autoridad se sigue hoy manteniendo esa ley en pie" (p. 29). "Dentro del 'margen de sentidos', es decir, del posible significado de las palabras de la ley, se opera un desplazamiento de concepciones ético-jurídicas envejecidas, por parte de otras que son contemporáneas" (p. 31).

CLAUSS 70, por su lado, señala (p. 22) que, en la "forma objetiva" de la doctrina del *sens clair*, la interpretación de las palabras se hace por completo independiente de la voluntad del legislador, se toma en cuenta sólo la utilización actual del lenguaje.

Mas hay también posiciones intermedias. Es el caso, en particular, de autores de tendencia hermeneutista, es decir, que se inspiran en ideas como las de GADAMER: "círculo hermenéutico", "precomprensión", etc. (*supra* I, §§ 8 y 12.j). El intérprete aparece entonces ubicado entre el "objetivismo" y el "subjetivismo". Trata de tomar en cuenta tanto aspectos que hayan impregnado a la ley en su origen, como así también datos que corresponden a circunstancias actuales. HASSEMER, por ejemplo, señala que "las hipótesis de hecho (*Tatbestände*) del Código Penal han sido dichas a partir de una situación, esto es, la del legislador" (p. 86). Y tal situación resulta importante, también ella, para llegar a comprender la ley en el plano lingüístico. "En cuanto formación lingüística (*Sprachgebilde*), también la norma se encuentra sometida a las condiciones de la situación en que se utiliza el lenguaje (*Sprech-situation*), al modo de pensar y de expresarse de la época, a relaciones económicas y sociales que el autor de la ley tenía a la vista, afanes de reforma que el legislador quería tomar en consideración, etc. En función de eso fueron elegidas las palabras, y ello hay que tenerlo en cuenta a la hora de entender las palabras; pues incluso una ley que sea entendida como voluntad objetiva o subjetiva, al intérprete no se le presenta sino en el cuadro del lenguaje que corresponde a la situación de un legislador históricamente dado" (p. 86-87). No obstante, el intérprete puede después otorgarle un valor sólo relativo a dicha situación. "Sólo luego de reconocer y tener en cuenta ese hecho [lenguaje-situación], es posible relativizar el vínculo que existe con la situación; en conocimiento de ésta se puede, entonces, desligar de ella las palabras y seguir la 'voluntad del legislador'" (p. 87).

No habría empero que perder de vista las dificultades metodológicas que tal tipo de posiciones implica. Como dice DUBIS-

CHAR (Nº 6.4), tendríamos que saber mediante qué *procedimientos* se habría de lograr que "cualquier tipo pretérito de manifestación de vida pudiera llegar a ser comprendido: por un lado, con fidelidad histórica; y por el otro, también como una expresión que reviste importancia en el presente" (p. 100). Para ello se ha acudido a la idea de "precomprensión". Sin embargo, esto lleva hacia caminos que no están demasiado libres de dificultades. "Como esa precomprensión emana de las ideas del presente, el intérprete se mueve como entre dos mundos, cuyos 'horizontes' trata empero de fusionar entre sí. Esto no se logra fácilmente: aprisionado en el horizonte del presente, resulta dificultoso obtener horizonte histórico; y, a la vez, el horizonte mismo del presente aparece como poco claro, en razón de encontrarse determinado históricamente. (...) Se puede llegar a reducir a un 'principio', el pensamiento que fue exteriorizado en una época, haciendo abstracción de aspectos subordinados a ella; esto es, un principio al cual tampoco hoy se le pueda negar reconocimiento. (...) El jurista trata de comprender la ley de modo tal que ésta resulte adecuada a la realidad social actual. Mas esto presupone comprensión del texto y comprensión de la realidad" (p. 100-101). Ahora bien, lo cierto es que el hermeneutismo no ha conseguido mostrar que se halla verdaderamente en condiciones de superar estas dificultades, no ofrece *criterios* intersubjetivos para solucionarlas.

§ 52. INFLUENCIA DE LAS AUTORIDADES EN LA DETERMINACION DE LOS PROCEDIMIENTOS INTERPRETATIVOS

A través de los numerales anteriores hemos ido viendo distintas posibilidades acerca de cuál puede ser el fundamento de la interpretación dada a los textos jurídicos. En el presente párrafo queremos subrayar, todavía, cómo esas diferencias en materia de Autoridades repercuten sobre la elección del método interpretativo y en general sobre los resultados de la interpretación, es decir, sobre *cuál* es el sentido que el intérprete le "re-conoce" al lenguaje de las leyes. Damos por supuesto, en cada caso, que ese intérprete procede *racionalmente*, o sea, que el sentido adjudicado al texto jurídico es congruente con un fundamento interpretativo, esto es, con *alguna* Autoridad. Nuestra pregunta es, pues: ¿cuál es la Autoridad capaz de llevar a aceptar, justificar, cierto resultado interpretativo y a desechar otros? Esto es: ¿qué Autoridad sirve de *fundamento convencional*, en cada caso, para *elegir* el sentido que se adjudica al lenguaje de las leyes? De eso dependerá el procedimiento interpretativo que se siga.

Por ejemplo: si se estima que la letra no es bastante clara, y como fundamento se ha tomado una A-persona, el sentido del texto debería ser completado principalmente por procedimientos afines a los de las ciencias psicológicas y/o las históricas. Pero si, en cambio, se toma como fundamento una A-idea de tipo técnico-jurídico, habría que recurrir más bien, para completar ese texto, a criterios lógico-dogmáticos. O si se presupone una A-lenguaje que consista simplemente en el uso común de la lengua, entonces habría que atenerse a lo que resulte de una investigación empírica sobre cuál es (o sería) el uso predominante con referencia a los términos problemáticos.

Por lo demás, la comprobación misma de si un texto es o no es "claro", también esto se halla en función de la Autoridad encarada y, por tanto, del método interpretativo fundado en ella.¹¹⁸ Hemos visto, con CLAUSS (*supra*, § 42), que dicha "claridad" depende de la perspectiva y del fin acogidos por el intérprete; y que ello puede conducir a resultados distintos, según que la interpretación sea efectuada con base en unos u otros puntos de vista, "formas" de la doctrina del *sens clair*. Ahora bien, esos puntos de vista, así como las perspectivas y los fines vinculados a ellos, reenvían hacia Autoridades sobrentendidas. Así, la forma "subjetiva" corresponde a una A-persona, mientras que la forma "pragmática" corresponde más bien a una A-idea (la "idea" consiste, ahí, en un valor de concreción dado por una A-ampliada: fin del legislador + viabilidad práctica). En definitiva, pues, es siempre en función de una Autoridad que se determina si un texto es "claro". (Pero el cuadro de las posibles Autoridades, según ellas se presentan en la práctica judicial, es más amplio y complejo que las alternativas indicadas por CLAUSS).

Hemos indicado la posibilidad de plantear, además, la cuestión siguiente: ¿cabe recurrir, para aclarar el sentido de un texto jurídico, al sentido de otras disposiciones legales? Hay quienes consideran que ello es legítimo, sobre todo en caso de dudas, cuando la letra no es bastante "clara"; entonces correspondería tomar en cuenta el sentido evidente que una expresión, formada por una o más palabras, presenta en textos de derecho paralelos. Pero la legitimidad o falta de legitimidad de una interpretación semejante

¹¹⁸ "En cuanto se quiera definir la palabra, entonces ya se plantea la pregunta acerca del método" (KRIELE, Nº 57, p. 213).

depende, en última instancia, del fundamento. Por ejemplo: si se trata de textos emanados de legisladores distintos, y admitiendo que el fundamento es una A-persona, ese recurso podría no ser admisible; porque no es indispensable que el "espíritu" de un precepto (sancionado por el legislador I) coincida en un todo con el de otro precepto (sancionado por el legislador II), incluso si ambos textos utilizan ciertos términos homónimos. Pero el recurso podría ser perfectamente legítimo, ante el mismo caso, si el intérprete se está fundando, por lo contrario, en cierta A-lenguaje o en una A-ampliada.

Quiere decir que es el tipo de fundamento, en cada situación, lo que sirve para decidir si un método interpretativo será aplicado a un precepto aislado o si, en cambio, puede ser aplicado al mismo tiempo a una serie de preceptos, que entonces se consideran armoniosamente entrelazados. Esta última solución puede aparecer fundada en una A-idea: por ejemplo, cuando se considera que las disposiciones pertenecen todas a un mismo instituto jurídico —argumento de dogmática—. Pero tal interpretación podría también apoyarse, llegado el caso, sobre una A-persona: por ejemplo, tratándose de preceptos emanados todos de la misma fuente histórica, cabría suponer la existencia de una misma "voluntad" del legislador dirigida a una pluralidad de leyes.¹¹⁹ Eso no quiere decir, sin embargo, que *en general* resulte indiferente que el intérprete se apoye en una Autoridad o en otra, pues ello tiene como consecuencia que la indagación interpretativa se oriente de manera distinta, lo cual puede ocasionar una diferencia en los resultados. (No obstante, también existen casos en donde la diversidad de los fundamentos no impide que en los resultados concretos se llegue a coincidir. No hay reglas absolutamente generales a este respecto).

Suponiendo que se admita el echar mano al sentido de otras disposiciones, determinar cuáles serán éstas comporta una elección que depende asimismo del fundamento. Por ejemplo: si se trata

¹¹⁹ Es lo que señala SCHREIBER 66, por ejemplo, al referirse a una observación de COING sobre la interpretación sistemática. "Esta clase de interpretación, sin embargo, sólo sigue siendo una interpretación cuando los conceptos que se hacen entrar en juego no son independientes de las normas jurídicas a interpretar, sino que ellos son entendidos de acuerdo al sentido que el autor les ha dado. En caso contrario, resulta correcta la conclusión de COING, de que un método semejante conduce hacia la jurisprudencia conceptual (*Begriffsjurisprudenz*)" (p. 168-169, n. 330 *in fine*; y cf. COING 59, p. 9). Recordemos que, SCHREIBER, una "interpretación" no puede ser tal más que si el intérprete se ajusta a la voluntad del legislador (*supra*, § 49).

de textos que pertenezcan al mismo código, sancionado por un mismo legislador, esta A-persona puede servir para justificar que uno de los artículos sea interpretado a la luz de lo que dice otro de ellos, puesto que ambos emanan de una misma "voluntad". Mientras que si se parte de una A-idea, se puede buscar ilustración incluso en preceptos que pertenecen a cualquier otro cuerpo de leyes, supuesto que se considere que todos corresponden a cierta idea básica común, incorporada tanto al artículo interpretado como a los demás.

Por último, es asimismo en función de la Autoridad presunta que se decide, al interpretar (racionalmente) una palabra o en general una fórmula lingüística que admita más de una acepción, cuál de éstas será recogida como el sentido jurídico pertinente. Por ejemplo: con base en una A-persona, habría que elegir la acepción que probablemente tenía en mente el autor del texto, sea un individuo o un cuerpo colectivo, aun si esa acepción ya no es más (o es muy poco) utilizada en la actualidad. Mientras que si se tratara de una A-idea cuyo contenido sea una noción de "utilidad", entonces será elegida la acepción capaz de otorgarle al precepto el sentido más conveniente posible, en consideración a necesidades actuales del comercio jurídico.

§ 53. CONCLUSIONES

El que un texto sea considerado "claro" u "oscuro", y *qué* se considera en él como lo uno o lo otro, y aún la manera en que lo oscuro pueda ser "aclorado": todo ello depende pues, en última instancia, de la o las Autoridades que se tomen como punto de partida. Los desacuerdos entre los intérpretes suelen explicarse por desinteligencias en cuanto a las Autoridades reconocidas por unos y otros; o por la manera en que unos y otros llegan a delimitar, en forma no coincidente, ciertas Autoridades sobre las cuales se manifiestan de acuerdo sólo nominalmente (por ejemplo, ¿cuál es o cómo se conoce la "voluntad del legislador"?).

En principio, bastaría con que los intérpretes precisaran suficientemente las Autoridades, para que se diera una de estas dos situaciones: (a) acuerdo en el resultado interpretativo, si hay acuerdo sobre la Autoridad; (b) cuando hay desacuerdo en la interpretación, se sabría que es porque se ha partido de Autoridades distintas y se tendría claro cuál es la diferencia entre éstas. Resultaría

explícito, así, *por qué* se discrepa en la interpretación (situación b), llegado el caso; y esto evitaría falsas discusiones, ya que se sabría que todo depende de qué Autoridad ha sido convencionalmente aceptada como tal. Los intérpretes se percatarían sin dificultades de dónde está el *quid* de la cuestión, cuál es la raíz de sus discrepancias: la aceptación o no de un fundamento *convencional*. Dicho todavía de otro modo, se sabría que todo resultado interpretativo depende de una *elección* de Autoridad(es).

Significa que, si entre los intérpretes se lograra llegar a un acuerdo *real* sobre las Autoridades, es decir, que todos ellos partan de una *misma* Autoridad bien precisada, o de varias de éstas pero nítidamente jerarquizadas, entonces las diferencias en materia interpretativa se reducirían al mínimo, la interpretación jurídica alcanzaría un grado de racionalidad del que hoy carece. Así y todo, naturalmente podrían darse situaciones para las cuales los intérpretes no coincidan por completo al apreciar el *grado* de claridad de una disposición o al tratar de aclararla. Tales diferencias son inevitables, en relación con algunos casos, ya que el derecho —y, por tanto, la precisión de sus Autoridades— se inscribe en la esfera del lenguaje común. Ya vimos que esas diferencias no podrían ser superadas, en general, por un recurso a criterios lógico-formales (*supra* II, § 20). Habría que recurrir más bien, en los casos extremos, al "instinto empírico" (VAZ FERREIRA) o a lo "razonable" (PERELMAN);¹²⁰ o tal vez, en el mejor de los casos, a conclusiones obtenidas por la vía de ciencias empíricas auxiliares —en cuanto el recurso a estas vías sea pertinente—: sociología, lingüística, criminología, economía, etc. Pero en todos esos casos, principalmente en los dos primeros, es posible que no se consiga llegar a soluciones intersubjetivas, aun partiendo de la misma Autoridad. Las "cuestiones de grado" (VAZ FERREIRA) y en general los puntos discutibles constituyen un dominio que puede ser considerablemente reducido, limitado, si hay una conciencia clara acerca de las Autoridades aceptadas y si se está dispuesto a atenerse firmemente a las convenciones lingüísticas congruentes con aquéllas; pero siempre quedará campo para algún que otro aspecto dudoso ("textura abierta" del lenguaje).

"Se ve claramente la *cuestión de grado*: 'hasta cierto punto', 'no demasiado'; pero, ¿dónde está *ese cierto punto*?; ¿cuánto es

120 Cf. HABA 78a, Nos. VIII ss.

ese *demasiado*? ¿Cuáles son los límites precisos? Aquí, ya el razonamiento es impotente; lo que nos da la solución, sea en general, sea para cada caso, es la *experiencia*, cuando es posible; pero, cuando no es posible, es el *instinto empírico*, el instinto experimental que todos tenemos en mayor o menor grado, al que conviene no despreciar, y que completa el raciocinio" (VAZ FERREIRA, p. 206). "Nótese bien que este instinto empírico no viene en lugar del razonamiento, sino *además* del razonamiento. (...) El instinto empírico gana con que el razonamiento le prepare las cuestiones; el razonamiento es completado por el buen sentido hiperlógico, controlador del raciocinio" (*ib.*, p. 205).

De todas maneras, el preestablecer Autoridades precisas para la interpretación, sirve para *restringir* poderosamente la libertad del intérprete, limita al máximo el dominio de las "cuestiones de grados" y en general de los puntos que son discutibles al interpretar el lenguaje de los textos jurídicos. Por ejemplo: si se toma como Autoridad la voluntad de un dictador, por encima de todo habría que recurrir, para interpretar las leyes (mandatos) que él sanciona, a razones que éste tuvo o podría haber tenido en cuenta; y eso serviría para desechar, en cambio, muchas otras razones (de justicia o cualesquiera otras), por ajenas al pensamiento de esa Autoridad; pero aun entonces podrían caber dudas sobre cuál fue o sería su "voluntad" con respecto a ciertos casos especiales.

Siempre quedará una última base librada a la elección, consciente o inconsciente, del intérprete mismo: la *aceptación* de la o las Autoridades presupuestas. Pero una conciencia clara sobre *cuál* es la Autoridad admitida y qué *consecuencias* se siguen —lógica y empíricamente— de ella, en relación al texto cuyo sentido está llamada a fundar, incrementan *hasta donde es posible* la racionalidad de la imputación de sentidos al lenguaje jurídico y, por tanto, las posibilidades de *control* sobre la labor del intérprete: esto es, la *intersubjetividad* del vínculo entre el lenguaje jurídico y el sentido normativo que *convencionalmente* se le adjudique.

La noción de Autoridad sirve, así, como un concepto *heurístico* para detectar el *grado* de racionalidad de las interpretaciones jurídicas. En la medida en que se consiga mostrar que la interpretación se funda en Autoridades precisas, será más intersubjetivamente *controlable* si esa interpretación es o no es la correcta desde un punto de vista *racional*, es decir, si hay vinculación intersubjetiva (fuerte) entre la Autoridad (aceptada) y el resultado interpretativo. E inversamente: en la medida en que no sea posible fundamentar la interpretación en Autoridades *unívocas*, eso revela

que ella se encuentra determinada por argumentos que *no* son racionales (en sentido estricto).

*
* *

Síntesis.—De lo que hemos tratado de explicar en esta Sección, resulta que los procedimientos interpretativos pueden ser usados en función de distintas Autoridades, pero que la elección entre ellas no es indiferente desde el punto de vista práctico. Según la Autoridad que se admita (explícita o implícitamente) como fundamento, de ello dependerá, en la medida en que el intérprete actúe racionalmente, la *orientación concreta* del examen dirigido a "encontrar" el sentido de los textos jurídicos.

Ni la definición ni los procedimientos propios de cada método interpretativo resultan *determinados* intersubjetivamente si no se comienza por tener claro la o las Autoridades, bien precisadas, que les servirán de base. Es la Autoridad elegida quien justifica, desde un punto de vista racional, los sentidos normativos que por convención se imputan al lenguaje jurídico; de modo tal que, cuando se interpreta un texto del derecho, ante un caso dado o con referencia a un tipo de casos, la solución jurídica puede no ser la misma si ese texto es entendido a la luz de una determinada Autoridad —y del método interpretativo correspondiente— que si ello se hace a la luz de otra Autoridad —y del método interpretativo correspondiente—.

En consecuencia, la interpretación será tanto más racional cuanto más explícita e intersubjetivamente se encuentren preestablecidas las Autoridades con base en las cuales es determinado, en cada caso, el sentido convencional del lenguaje jurídico. En función de Autoridades son decididas las alternativas que al jurista pueden presentársele a la hora de imputarle un sentido normativo al texto sometido a su consideración. Es verdad que el esfuerzo de precisarlas no alcanzará para eliminar toda duda, frente a ciertas situaciones; pero si bien las cuestiones de "grados" y otros puntos dudosos no desaparecerán del todo en la interpretación del derecho, el fundarse en Autoridades lo más intersubjetivas posible puede lograr, eso sí, que dichas cuestiones queden reducidas a la mínima expresión racionalmente viable. Y con ello se conseguiría incrementar, aunque más no sea, la "transparencia" y la "honestidad" del pensamiento jurídico. Esa es la función *heurística* que puede cumplir la noción de Autoridad.

§ 54. *FUNCION POSITIVA Y FUNCION NEGATIVA DEL TEXTO LEGAL (SU INTERPRETACION COMO PUNTO DE PARTIDA, COMO LIMITE Y COMO ORIENTACION).*

Hemos visto cómo los textos del derecho pueden llegar a ser vinculados, cada uno, a más de un sentido normativo. En esas condiciones, cabe preguntarse cuál es el "poder" del texto *mismo* para determinar los resultados finales de su interpretación. Aunque ello dependa, claro está, de las Autoridades presupuestas, de todas maneras vale la pena averiguar qué papel *propio* suele desempeñar el texto frente al intérprete, es decir, cómo "ve" éste la función de la letra: hasta qué punto suele considerar que la solución interpretativa alcanzada depende la formulación *lingüística* que tiene por delante. Dicho todavía de otro modo, ¿en qué medida se considera el jurista *vinculado* por el *lenguaje* del precepto que va a interpretar? Esa cuestión ha sido considerada más de una vez por teóricos del derecho, a menudo vinculándola al papel de la interpretación llamada literal o gramatical.

Por lo general, el punto aparece enfocado del modo siguiente. Si se trata de un texto que se considera "claro", se entiende que el tenor literal, por sí solo, es suficiente para dar el sentido íntegro de la disposición. Pero si se trata de un texto más o menos "oscuro", entonces el intérprete puede encarar la situación de dos maneras:

- Es posible que, aun en ese caso, un examen atento de la letra en sí misma, sin recurrir a criterios extralingüísticos, sirva para aclarar finalmente el sentido de ese texto, (tal la función que AUBRY y RAU reservaban a la interpretación literal).¹²¹
- O bien, el sentido textual de la disposición contribuirá, al menos en cierta medida, a orientar la labor de esclarecimiento.

¹²¹ "Se llama comúnmente interpretación gramatical a aquella que se aplica a determinar el verdadero sentido de un texto oscuro o incompleto, utilizando para ello los usos de la lengua y las reglas de la sintaxis" (AUBRY/RAU, N° 40, p. 242).

to; la letra ofrecerá desde ya alguna idea sobre la esfera de la norma en examen, una "pista" para que —con la ayuda complementaria de otros criterios— se esté en condiciones de conseguir más "claridad".

Sea como sea, del texto legal emanan indicaciones jurídicas que van en dos direcciones: sentidos normativos que la letra legitima, y sentidos que ella descarta. Así, HECK (Nº 12.8) considera que el sentido textual de la ley cumple, sobre la base de las reglas del lenguaje, una doble función heurística. Función positiva: porque aquél conduce a elegir, como sentido concreto para el texto, cierta idea que es preferida por parecer la de más directa vinculación con las palabras. Y función negativa, propiamente limitativa, de barrera: porque prohíbe que sean admitidos, para ese texto, sentidos que se considera como no susceptibles de ser armonizados con los términos de éste.¹²²

VONGLIS señala que a una tal función de límite, consistente en "hacer efectiva la totalidad del sentido literal de los *verba* y abstenerse de ultrapasarlo", ya en el derecho romano correspondían, por "obediencia a la voluntad del legislador" (*supra*, § 49), "las dos reglas de la interpretación literal: a) No hay lugar a admitir una restricción de la ley, que no se halle formulada expresamente en ésta; b) Está igualmente prohibido aportar un complemento a la disposición expresa de la ley o extender el dominio de su aplicación" (p. 43).

Sin embargo, agregamos nosotros, ese límite podría ser concebido de dos maneras, una más y otra menos amplia. Esto es: o bien, el límite estaría determinado exclusivamente por los significados habituales de los términos; o bien, él se extendería hasta comprender también sentidos menos habituales —zona marginal— pero que filológicamente, de todos modos, aún se hallan más o menos ligados a dichos términos. Esta alternativa pone de manifiesto, una vez más, la elasticidad de aquello que puede considerarse cubierto por la "letra" misma de la ley o que es susceptible de ser des-

122 En cuanto al punto de vista *positivo*, HECK dice: "Tenor textual de la ley (*Gesetzeswortlaut*), en este sentido, es aquella representación conceptual (*Vorstellungsbild*) preferida desde el punto de vista lingüístico. Esta noción puede ser utilizada, en el plano lógico, como un vinculante supuesto de hecho (*bindender Tatbestand*)" (p. 99). Y en cuanto al punto de vista *negativo*, dice: "El tenor textual negativo es una *barrera*, una *frontera*, dentro de cuyos límites la elección de las representaciones conceptuales puede tener lugar de acuerdo también a puntos de vista materiales" (*ib.*). Cf. asimismo el Nº 3.6. b, p. 60.

prendido de ella por un análisis meramente literal¹²³ (cf. HABA 77b).

En definitiva, la determinación de los límites de la letra es una cuestión de Autoridades. De éstas depende que esos límites sean concebidos en una forma o en otra. Pero hay que tener en cuenta, además, que no toda utilización del lenguaje es capaz, en una misma medida, de imponer ciertos límites a los sentidos susceptibles de ser vinculados a las formulaciones efectuadas en dicho lenguaje. La formulación lingüística es a veces *más* y a veces *menos* determinante, intersubjetivamente, para *imponer* que ella sea entendida en un sentido dado; eso depende de los términos empleados y también del contexto (lingüístico y extralingüístico) en que la comunicación se produce.¹²⁴

No obstante, se ha señalado (cf. SPIES, p. 170, 2da. col.) que todas las tentativas de hallar un "límite" para la interpretación (propiamente dicha), cuando se considera como su "frontera" los significados que son todavía "posibles" desde el punto de vista del texto (caso de la *Andeutungstheorie*), están condenados al fracaso. Y ello porque, ahí, en definitiva no se recurre más que a fórmulas de simple carácter *general*, las que no permiten trazar ninguna frontera verdaderamente tajante.

Muchos llegan a concluir, por eso, que la referida función de "límite" es muy débil o hasta inexistente. Así, KRIELE dice (p. 223) que la idea de un "sentido-posible-de-las-palabras" es tan vaga, y además tan manipulable en función de la posibilidad de fijarles sentidos técnicos, que en la práctica, es decir, en la mayoría de los casos, ya no significa nada. A su juicio, la decisión sobre si se preferirá una interpretación más amplia o más restringida, o si hay que colmar una "laguna", etc.: todo eso no aparece orientado

123 A tal punto es así, que hasta puede resultar dudosa la posibilidad de establecer una frontera tajante entre lo que emana de una interpretación propiamente dicha —aunque fuera una interpretación muy extensiva— y aquello que cabe considerar antes bien como una *integración*. "Por cierto, puesto que los límites del sentido posible de las palabras tampoco pueden ser establecidos de una manera exacta, en ciertos casos puede resultar dudoso si se trata todavía de una muy 'amplia' interpretación o consiste ya en integrar por analogía una laguna" (LARENZ, p. 309).

124 "Sin embargo, es muy probable que ninguna hipótesis sea verdadera para todas las instancias y clases de significado verbal. A veces, un uso del lenguaje es lo único que sirve para constituir el sentido; a veces, aparentemente, una particular selección de las palabras impone sólo limitaciones y no es lo único que determina el sentido que es realmente deseado" (HIRSCH, cap. 2. A, p. 28).

en función del "sentido-posible-de-las-palabras", sino que se rige por otros criterios, esto es, por la manera en que tales o cuales interpretaciones son capaces de ser insertadas en el contexto de la rama jurídica correspondiente y por la consideración de las consecuencias prácticas ("¿a qué conduce esto?"). Pero ello significa —concluye KRIELE— que la interpretación se orienta tácitamente, en última instancia, según criterios de *justicia* (*vid supra* II, § 17, luego de la n. 44).

La "frontera" de la interpretación.—Como resulta de lo precedente, la cuestión del alcance que tiene el sentido textual de las disposiciones jurídicas se halla muy ligada al problema de la determinación de los límites mismos de la *interpretación* de los textos respectivos. A continuación recogeremos algunas opiniones más sobre este punto.

RÜTHERS, por ejemplo, llega a una conclusión que va en la misma dirección que las observaciones de KRIELE. Esa conclusión la desprende, por su parte, de los materiales analizados en la concienzuda investigación que efectuara sobre la evolución de la jurisprudencia y la doctrina alemanas en la primera mitad de nuestro siglo (*supra* I, § 12.1). "La letra de las disposiciones tiene, de hecho, para el resultado interpretativo, una significación que es sólo de segundo orden, según puede afirmarse en base a los análisis precedentes. Lo decisivo es antes bien el contexto de valoraciones, el sistema valorativo, al cual la norma individual es referida por el juez al interpretarla y aplicarla. Esta inserción de la norma individual, por el acto de aplicación, en un sistema global de valoraciones materiales, determinado de alguna manera, constituye el punto clave de la aplicación judicial del derecho" (p. 435).

Eso ha sido comprobado también por VONGLIS, con respecto al derecho romano. "En la interpretación, la argumentación gramatical o lógica, en la cual se pone habitualmente el acento, sólo reviste una importancia secundaria. Lo esencial reside en las directivas de la conciencia jurídica, a las que el intérprete obedece al mismo tiempo que contribuye a crearlas" (p. 200).

NEUMANN, por su parte, efectúa la observación siguiente: "Señalar la posible diferencia entre lenguaje de la ley y lenguaje corriente... problematiza ciertamente la utilidad del sentido posible de las palabras, como límite de la interpretación. Pues el problema de si el lenguaje de la ley diverge del lenguaje corriente, sólo se puede decidir echando mano de otros criterios de interpretación. Pero entonces el 'sentido posible de las palabras' se transforma en el resultado de la interpretación, en vez de ser la frontera de ésta" (p. 165, n. 1 *in fine*. *Vid.* también la conclusión de RADBRUCH transcrita *supra* II, § 17).

SAX ha examinado estas cuestiones desde un ángulo diferente, más "filosófico" si se quiere. Tratando de encontrar una "frontera" (*Grenze*) para la interpretación, dice (p. 79) que, *en abstracto*, no es posible establecer ningún límite (*Endpunkt*) de tipo formal; un límite puede ponerse sólo de manifiesto en los procedimientos *concretos* de interpretación. Recuerda, con DAHM, que "el sentido posible de las palabras" es una cosa que en muchos casos no es susceptible de ser comprobada. "DAHM comprueba y destaca que falta todo patrón para saber dónde llega a extinguirse por completo la fuerza de simbolización de la palabra, si no se toma como base 'el —ciertamente también indeterminado— uso lingüístico de la vida cotidiana'. Y aquél subraya, frente a la tesis de SCHWINGE: 'Lo que todavía cabe bajo "el sentido posible de las palabras", una noción que es todavía más borrosa que el "uso lingüístico de la vida cotidiana", es algo que en innumerables casos no hay forma de comprobarlo"' (p. 80). De tal modo, prosigue SAX (p. 81), la interpretación objetiva constituye un método que está llamado a fracasar justamente en las "situaciones-límite". El "sentido posible de las palabras" se opone necesariamente al sentido textual "efectivo" (*wirklicher Wortlaut*), a eso que HECK llamaba "sentido literal puro" (cf. HABA 77b, N° IV). Ahora bien, ¿cuáles serían entonces los procedimientos para pasar de ese "tenor textual puro" al sentido simplemente "posible"? ¿Y dónde hallaría este último, que no se encuentra verdaderamente presente (sino que sólo es posible), sus propios límites?

SAX contesta que, dado que la letra no es adecuada para fijarle un límite formal a la interpretación, ese límite debe ser desprendido de la "estructura" misma de los procedimientos interpretativos (p. 82 s.). Desde este ángulo, sin embargo, el texto podría tener solamente un valor de "índice", pues aquél no representa más que uno de los elementos constitutivos del sentido de la ley; elemento que se presenta en combinación con otros datos, formales y materiales, para conformar ese sentido. No obstante, puesto que la letra encarna la intención *subjetiva* del legislador, ella sirve para descartar interpretaciones que responden exclusivamente al sentido objetivo; y también aquellas que corresponden a una posición *subjetiva* del intérprete, sus puntos de vista particulares, sus valoraciones personales. Se puede decir, entonces, que "el sentido posible de las palabras" constituye de todas maneras, en última instancia, la "frontera" para las hipótesis de interpretación. Pero se trata del sentido textual que aparece orgánicamente incorporado (*eingebaut*) como uno de los elementos del sentido normativo; y aquél es objeto de una indagación de sentido que se dirige a apreciar el contenido de la relación "voluntad-expresión". En el "campo de fuerzas" (*Kraftfeld*) de la interpretación, el texto constituye una de las tres "líneas de fuerza" (*Kraftlinien*) fundamentales. Las otras dos "líneas" son el elemento objetivo y el ele-

mento que consiste en la valoración subjetiva efectuada por el intérprete. La letra es el "eje" que atrae hacia sí a las otras dos "fuerzas" y decide, así, si cierto contenido corresponde o no al verdadero sentido de la ley.

Por nuestra parte, señalaremos sólo que, en tales condiciones, es difícil discernir en qué consistiría *concretamente* la función de límite —o de "eje", si se quiere— que tendría la letra de las leyes. Pues SAX no nos brinda ningún criterio para saber cuál sería, en cada caso, el sentido textual *mismo*. ¿Cómo es posible que una cosa —el texto— esté en condiciones de cumplir una función cualquiera de "límite", o de "eje", si carecemos de *cri- terios* para determinar cuáles son justamente los propios límites de esa cosa?

*

* *

* Sea como sea, el hecho de destacar la función de límite que, de una u otra manera, corresponde a la letra de las disposiciones jurídicas, viene a corresponder a la idea de que el texto suministra apenas un "punto de partida" para su interpretación, pero que no predetermina integralmente el resultado final de ésta. Tal punto de vista está en armonía con la *Audeutungstheorie* (*supra*, § 40). En definitiva, ello quiere decir que los medios lingüísticos por sí solos no alcanzan, en muchos casos, para resolver cuál es el sentido de una formulación jurídica.¹²⁵

LARENZ, por ejemplo, señala que toda interpretación comienza por encarar el sentido de las palabras (p. 307). A veces ella puede llegar a su objetivo mediante, simplemente, la labor de poner en claro el uso jurídico preciso del lenguaje; esto es, cuando nada hace pensar que la ley, en el pasaje interpretado, se haya apartado de dicho uso. Sin embargo, agrega LARENZ, tales desviaciones (frente al lenguaje) no pueden jamás ser excluidas por completo (p. 308). En consecuencia, al sentido posible de las palabras le corresponden dos funciones: constituye el punto de

125 Esa insuficiencia había sido señalada ya por HECK (esp. N° 12 —*vid.* HABA 77b, N° IV—). Ella ha sido puntualizada igualmente con referencia a la posible aplicación de técnicas tomadas de las ciencias lingüísticas actuales; GROPP, por ejemplo, señala: "Apenas nos servirían de ayuda métodos y procedimientos lingüísticos si —y esto queremos decirlo en un sentido provocativo— ellos no constituyeran más que una nueva versión, con los refinados medios de la moderna ciencia lingüística, de la interpretación gramatical (lógico-analítica) que ya era actual hace 100 años" (p. 26; *vid.* también *supra* I, § 12.i *in fine*, donde se encuentra la continuación de esta cita).

partida de la interpretación judicial, y al mismo tiempo establece el límite para esta actividad (MEIER HAYOZ, cit. por LARENZ, p. 309).

* Una interpretación que no quepa dentro del campo del sentido posible de las palabras, ya no es una interpretación, sino una transformación (*Umdeutung*) del sentido de la ley, es decir, una integración; mas eso no quiere decir, se apresura a agregar LARENZ, que el juez no tenga jamás el derecho de hacer tal cosa. En definitiva, el sentido —sea el más general, sea el de carácter técnico— que tienen las palabras sirve, por un lado, a título de primera orientación para el intérprete; pero también sirve, por el otro lado, para marcar la frontera de la interpretación propiamente dicha, más allá de lo cual entramos ya en el campo de la integración. De tal modo, la interpretación del tenor literal determina el campo dentro del cual proseguirá la actividad ulterior del intérprete, delimita el recurso que éste puede echar (en su caso) a los demás medios interpretativos (p. 311).

LARENZ agrega (p. 309) que, aunque lo indicado no basta para que en la práctica quede trazado un límite neto entre interpretación e integración, la diferencia conceptual entre ambas debe ser mantenida en pie, justamente para que la integración, es decir, aquello que va más allá del sentido que es "posible" literalmente, sea sometido a condiciones especiales, a fin de que la ley pueda conservar su papel de reglamentación primaria. *Vid.* también *supra*, n. 123.

La idea de que la interpretación de las leyes no se agota en la determinación de su sentido literal, es bastante corriente en la doctrina jurídica. BARTHOLOMEYCZIK, por ejemplo, dice: "La interpretación literal (*Wortinterpretation*) constituye el comienzo de la aplicación de la ley y al mismo tiempo es la preparación de la interpretación, pero no es el punto final de la determinación del derecho (*Rechtsfindung*)" (p. 36). Cf. también ZIPPELIUS, Nos. 9.b *in fine* (p. 52 s.) y 10.a *in limine* (p. 54).

El papel que al texto le corresponde como punto de partida, orientación y límite, ha sido también subrayado por MÜLLER 76, con especial referencia al derecho constitucional. "Los conceptos jurídicos en el texto normativo dan sólo en determinados casos (allí donde el campo normativo es creado por el propio derecho, como, por ejemplo, en cuanto a plazos o disposiciones meramente procedimentales) descripciones reales de lo mentado; por regla general, sólo en cuanto conceptos que cumplen una función de señal o conexión sirven para evocar aquello en que se piensa como correlato dado en la realidad social. El texto normativo no 'con-

tiene la normatividad y su concreta estructura material. El dirige y limita dentro de su marco, las posibilidades legítimas y legales de efectuar una concreción jurídica determinada materialmente (*sachbestimmter Rechtskonkretisierung*) (Nº 312.5, p. 115).

"Desde el punto de vista metódico, el elemento lingüístico no tiene más peso que los demás, aun cuando en general el texto normativo brinda los primeros puntos de orientación. Su función de límite resulta de los efectos normativamente exigidos que él tiene en cuanto a seguridad jurídica, claridad normativa, publicidad, y con vistas a la inviolabilidad del orden constitucional en el Estado democrático de derecho. (...) De ahí, que la función de límite que poseen los tenores literales de orden constitucional ha de ser determinada en forma *negativa*: el margen que permite el tenor literal, cabe ultrapasarlo sólo si puede comprobarse que el texto es defectuoso o confuso; pero no allí donde simplemente él 'no ofrece ningún punto de apoyo para una solución criteriosa del problema' (EHMKE)" (*ib.*, Nº 321.114, p. 155).

En función de todo ello, MÜLLER subraya la oposición que existe entre el grado de precisión de la letra y el grado de admisibilidad de razonamientos "tópicos". "En el derecho constitucional, la función aclaradora y estabilizante del tenor literal de la norma es un argumento fundamental contra la tópica. Esta quiere tratar a la norma como un mero punto de partida para la solución de problemas, el cual puede ser dejado atrás cuando no aparece suficiente para el contexto del problema. Mas el sentido textual fija los límites externos extremos de las variantes de sentido que son aceptables funcionalmente y admisibles desde el punto de vista del derecho constitucional" (*ib.*, p. 153). En efecto, no puede decirse que la letra de una disposición "sea de orden secundario para el resultado de la concreción. La diferencia frente a la tópica se manifiesta en el hecho de respetar la función del texto normativo como una frontera extrema para toda posible elaboración jurídica (*Rechtsbildung*)" (*ib.*, p. 155 *in limine*).

Sin embargo, MÜLLER reconoce que dicha "frontera" resulta a veces difícil de trazar. "Para derechos fundamentales (*Grundrechte*), la función de límite de los tenores literales frente a puntos de vista materiales de los campos normativos es particularmente difícil de actualizar, pues a menudo los campos normativos se hallan (en forma similar a las materias de regulación de los preceptos sobre competencias) indicados sólo por medio de escuetos términos que sirvan de llamada (*Stichwörter*): 'matrimonio y familia' ..., 'arte y ciencia, investigación y doctrina' ..., 'asociaciones y comunidades' ..., 'propiedad', 'derecho de sucesión' ..., etc." (*ib.*, p. 154).

De cualquier manera, lo cierto es que MÜLLER no nos dice cómo se hará para determinar el contenido de esos "límites", que se suponen dados por el texto. En tales condiciones, es difícil ver

de qué manera se conseguiría, en los hechos, establecer verdaderas "fronteras" contra la invasión de la "tópica" en la interpretación. Y al fin de cuentas, según vimos (*supra*, § 43 *in fine*), las soluciones que MÜLLER propone —hermeneutismo— no están demasiado lejos, en la práctica, de lo que defienden los topicistas: es simplemente la distancia que va de un programa científico a otro programa no menos científico. Sólo en función de Autoridades bien delimitadas sería viable acercarse a una determinación suficiente de las fronteras; pero métodos de esta naturaleza, es decir, asentados sobre conceptos básicos rigurosamente intersubjetivos, están muy lejos de los puntos de vista de MÜLLER, quien en el fondo sigue siempre prisionero de planteamientos más o menos "hermeneuticos".

§ 55. EXTENSION Y RESTRICCIÓN

De todo lo que hasta aquí hemos expuesto, una y otra vez resaltó que los textos legales pueden ser entendidos en forma más amplia o más estrecha, vale decir que su contenido normativo puede ser encarado como algo que se refiere a un sector más extenso o menos extenso de situaciones típicas y casos concretos. De tal modo, e incluso si se acepta que la interpretación *textual* no constituye más que un "primer paso" hacia la determinación del sentido íntegro de la disposición examinada, aquélla tiene que suministrar la clave para determinar si una interpretación es restrictiva, declarativa, extensiva, etc. Todas estas posibilidades caben, frente a un texto dado; y es obvio que tiene importancia distinguirlas, ya que, según el caso, se entenderá que corresponde una de esas soluciones interpretativas y no las otras posibilidades.

En el derecho penal y en el derecho fiscal, por ejemplo, más de una vez se ha insistido en que sus textos deben interpretarse restrictivamente. Eso descansa sobre la antigua concepción de que el derecho se halla dividido en dos sectores: por un lado, aquel que expresa los verdaderos principios de la legislación; por el otro, un dominio *especial*, que abarca las leyes penales y las fiscales, campo sometido a fórmulas particulares de interpretación. Esta idea corresponde a una división del derecho en preceptos "favorables" y "odiosos"; las leyes penales y fiscales pertenecerían a la segunda categoría. Por ello es que ya en Roma encontramos el aforismo: *odia restringi, et favores convenit ampliare* (hay que restringir los preceptos odiosos, mas conviene extender los favorables).

He aquí el origen de ciertos principios que ordenan efectuar interpretaciones restrictivas, tal como los aplicados en materia penal y fiscal: *in dubio pro reo* (en caso de duda, decidir a favor del acusado), *in dubio contra fisco* (en caso de duda, decidir en contra del fisco). Y el mismo tipo de razones —leyes “odiosas”, protección de la libertad individual— han llevado a considerar como prohibida la interpretación analógica en esos dominios: *nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley que la preestablezca).¹²⁶

Pero aun dando por aceptados estos principios, habrá que empezar por saber *cuándo* una interpretación es “restrictiva”, cuál es la diferencia entre ésta y otros tipos de interpretación (y aún, en su caso, cómo se distinguen estos últimos entre sí). El punto puede ser encarado como una cuestión referente a las relaciones entre la formulación lingüística y sus eventuales sentidos jurídicos, según veremos.

Se trata de un problema de fronteras, de saber hasta qué punto el sentido del texto puede ser extendido o restringido, o en qué medida se podría llegar a ultrapasarlo (pero aun esto último presupone, desde ya, que se sabe en dónde aquél “finaliza”). El sentido textual sirve, pues, para fijar el campo propio de cada uno de los distintos tipos de interpretación, tanto para los que se encuentren contenidos todavía dentro de la “letra”, como así también para aquellos que van más allá de ella. Lo uno y lo otro, es decir, saber si la interpretación se queda “más acá” o si llega hasta “más allá”, todo ello se juzga en base a un patrón constituido por la manera de entender qué sentidos corresponden al texto mismo y cuáles no, y qué subtipos caben dentro de aquél. Claro que también a ese respecto pueden darse desacuerdos entre los intérpretes. Lo que el texto “dice”, lo que éste todavía tolera o lo que ya no admite, son cuestiones que en muchos casos dan lugar a agrias discusiones entre los juristas. La solución depende de la Autoridad presupuesta.

Las alternativas se ponen de manifiesto en la jurisprudencia. G./D. REINICKE, por ejemplo, señalan la existencia de sentencias alemanas que llegan a interpretaciones extensivas o restrictivas, incluso contra un sentido textual claro, es decir, que van *más allá* de la letra. “En muchas sentencias el BGH se aparta del claro

¹²⁶ Con respecto a los principios indicados, cf. los artículos de TROTABAS y GÉGOUT.

tenor textual de la ley y da por supuesto, con ello, que lo inequívoco de la letra no impide una interpretación restrictiva o extensiva” (p. 1036, N° II. 4).

DUBISCHAR, en cambio, se refiere a interpretaciones que, aun siendo extensivas, sin embargo parten del supuesto de que no se puede ir más allá del sentido textual. “Por cierto, también se admite que una interpretación pueda ser extensiva, pero ésta no debe ultrapasarse el límite marcado por las posibilidades de comprensión propias del lenguaje común” (N° 6.3.1, p. 94).

Las dos posibilidades señaladas, en cuanto a la manera de concebir la relación entre el texto y la interpretación extensiva, se ponen igualmente de manifiesto a través del examen de SBRICCOLI sobre el papel del *usus communis loquendi* (*supra*, § 38). Mientras que, por parte de unos, ese *usus* era asimilado a la interpretación literal, para otros era un instrumento de la *extensio* (fundada sobre la *mens statuentium*, la que se considera en armonía con la manera habitual de hablar) (p. 183 s.). Hay dos tipos de interpretación literal: “interpretación literal de los *verba* e interpretación literal (fiel) del *sensus*” (p. 453). Y en cuanto a la *extensio*, ella puede estar fundada sobre el hecho de que, siendo por naturaleza incompleta la ley en lo que respecta a sus *verba*, para que su espíritu pueda realizarse es necesario extenderla hasta donde alcanza justamente el *sensus*” (p. 434). Todo eso produce “ciertas opciones para la interpretación literal o extensiva del estatuto” (p. 433). Vemos que, así, la interpretación literal puede ser concebida, sea como si comprendiese también la posibilidad de una interpretación extensiva (del *sensus*), sea como si esta última constituyese ya una manera de ir más allá de aquélla (*sensus* extra-literal: *mens, non verba attendenda est* —p. 434—).

Pero cf. también p. 422 s., donde SBRICCOLI distingue más netamente entre las interpretaciones literal y extensiva. “La obra del jurista se articula esencialmente en dos direcciones: el uso de la *interpretación literal del estatuto* (momento de mera *autotutela* del ordenamiento en que ella opera) y el de su *interpretación extensiva* (momento que no es ya defensivo, sino de *expansión* del alcance de la norma), variadamente combinados” (p. 422).

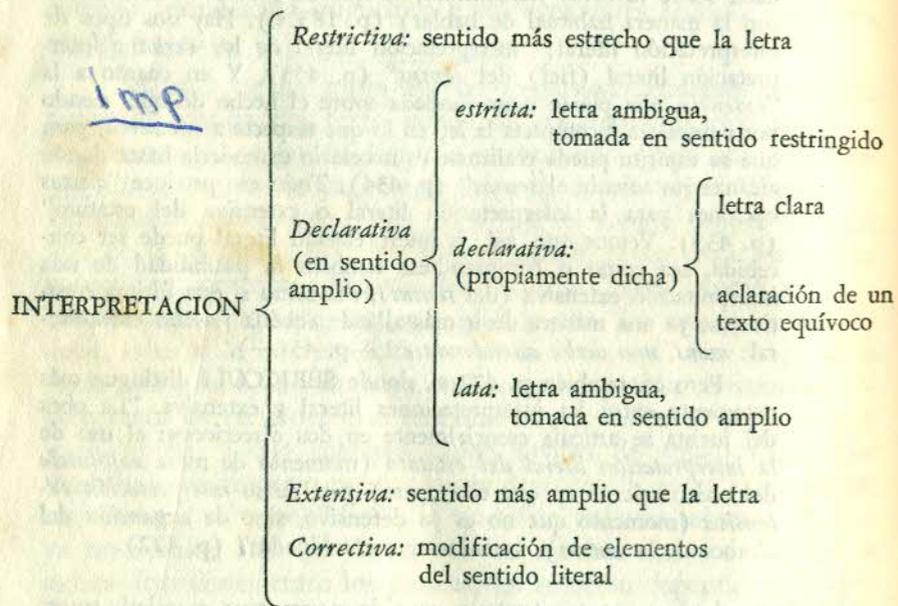
* Las relaciones entre texto y sentido normativo pueden, pues, ser diversas. La interpretación de una ley conducirá, así, a alguna de estas cinco clases principales de resultados:

- ↓ — texto completamente “claro”, su sentido corresponde por entero y sin dificultades a la letra;
- la interpretación hace más “claro”, simplemente, aquello que es ininteligible —o, por lo menos, confuso— si nos atenemos al mero texto;



- la interpretación es extensiva;
- o, al contrario, es restrictiva;
- el caso límite sería el de una interpretación que lleva a corregir lisa y llanamente lo que surge de la letra, pero ello sin llegar al punto de descartar por completo el conjunto de los significados propios del texto mismo.

Para expresar ese espectro de posibilidades, los juristas han desarrollado cierta terminología, pero que no siempre aparece utilizada de acuerdo a las mismas acepciones exactamente. Tomando en consideración las denominaciones más usuales, se podría trazar un cuadro como el siguiente:

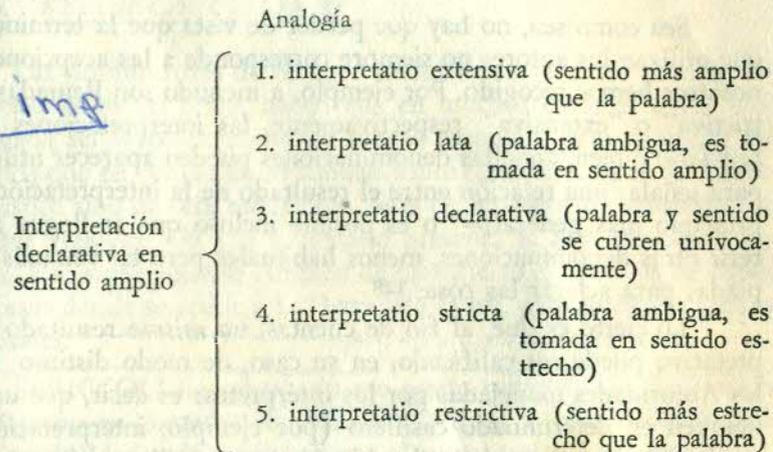


INTEGRACION

Ahora bien, un cuadro como éste supone la posibilidad de establecer una comparación entre el texto y alguna *otra* cosa, de modo tal que sea esta última quien en definitiva "decide" el sentido de la letra de la ley. En nuestra terminología, se trata de relaciones (conceptuales) entre el texto y una Autoridad: A-persona o A-idea. Es esto lo que determinará ("decidirá"), en última ins-

tancia, *cuál* es el sentido "textual" y cuáles no; puesto que, como lo hemos subrayado tantas veces, tampoco el sentido "puramente" literal constituye de por sí, para la totalidad de los casos, una dimensión obvia, un significado unívoco y fijo, indiscutible.

El cuadro trazado se inspira en el que presenta WURZEL (p. 17), pero sin coincidir totalmente con él. He aquí la clasificación que propone dicho autor:



Solución de antinomias

En cuanto a las relaciones entre el texto y *aquello* que determina su sentido normativo, ya sea éste más extenso o más restrictivo, para WURZEL se trataría, al parecer, de una A-persona. En efecto, él dice que las hipótesis contempladas en esta clasificación giran alrededor de las relaciones existentes entre la letra y la voluntad de su autor. Tal base corresponde a una teoría "romanizante" de la interpretación. Dicha teoría "presenta como fin de la interpretación, la determinación del sentido (contenido, propósito, voluntad, *mens, sententia*) de la norma jurídica, y dirige con preferencia su atención hacia la relación entre el 'sentido' y la 'palabra' de la proposición jurídica formulada. Como la relación puede ser distinta, según que el sentido obtenido se cubra con la palabra o que en distintas gradaciones difiera de ésta, esa teoría llega así a presentar la conocida escala jerárquica (*Stufenleiter*)" (cap. 1.2, p. 17); y esa escala corresponde justamente a la clasificación que ofrece WURZEL.

Ideas análogas se encuentran indicadas ya, por lo demás, en la obra de SAVIGNY: "Su diferencia se refiere sólo a la relación lógica de la expresión al pensamiento, puesto que la primera puede contener menos o más que el pensamiento. En el primer caso se

realiza la rectificación del término mediante una interpretación *extensiva*, en el segundo por medio de una interpretación *restrictiva* (b). [(b) Los autores modernos hablan, con términos no romanos, de 'interpretatio extensiva, restrictiva'; y algunos oponen a ambas la 'declarativa', que ni extiende ni restringe, puesto que no se refiere a una ley defectuosa de la indicada manera]. Ambas se encaminan exclusivamente a hacer concordar el término con el pensamiento real" (Nº 37, p. 98).

Sea como sea, no hay que perder de vista que la terminología que utilizan los autores no siempre corresponde a las acepciones que nosotros hemos recogido. Por ejemplo, a menudo son llamadas "restrictiva" o "extensiva", respectivamente, las interpretaciones *estricta* y *lata*; o bien, aquellas denominaciones pueden aparecer utilizadas para señalar una relación entre el resultado de la interpretación y un principio más general;¹²⁷ o es posible incluso que se llegue a preferir otras denominaciones, menos habituales pero tal vez más apropiadas para aclarar las cosas.¹²⁸

Lo cierto es que, al fin de cuentas, un mismo resultado interpretativo puede ser calificado, en su caso, de modo distinto, según las Autoridades manejadas por los intérpretes: es decir, que unos lo ubiquen en determinado casillero (por ejemplo, interpretación extensiva), mientras que otros lo ubiquen en un casillero diferente (por ejemplo, interpretación declarativa). Y la propia interpretación "literal" podría, pues, ser concebida de una manera más amplia o menos amplia; así, podría llegar a entenderse que ella admite, en su propio seno, un espectro de sentidos posibles que va desde un significado "estricto" hasta significados más "latos".

De cualquier manera, lo importante no es tanto la decisión que tomemos acerca del nombre o "casillero" que ha de adjudicársele a cada resultado interpretativo, sino otra cosa: que en cada caso se sepa exactamente —sea que se acepte una terminología como la que nosotros proponemos o cualquier otra— qué es lo que el intérprete

127 "... si una regla aparece como derogatoria de un principio más general, la interpretación será restrictiva; si se presenta como una aplicación particular de un principio más general, no expresado, la interpretación será extensiva" (BATIFFOL 72, p. 20).

128 WOLFFERS, por ejemplo, señala (p. 11 ss.) los tres tipos siguientes de interpretación: *ejemplificante, definitoria y clasificatoria*. Estos tipos cabrían, respectivamente, en el marco de las interpretaciones que nosotros hemos llamado restrictiva, declarativa (propriamente dicha) y extensiva. Por otro lado, cf. BOBBIO 38, quien se pronuncia contra una "distinción según los resultados" (p. 139), como las que hemos recogido arriba.

20
está presuponiendo y qué es lo que está haciendo (cómo está razonando) en función de ello) Es decir, que lo fundamental es saber en qué Autoridades nos estamos apoyando realmente, al interpretar un texto; sólo así podremos saber por qué le hacemos "decir" al texto, lo que le estamos haciendo decir.

§ 56. RETORICA

Las posibilidades de recoger sentidos tan variados para la interpretación de un texto, hacen que en muchos casos el tenor literal pueda ser invocado como un simple parapeto, para justificar resultados que en verdad no se fundan sobre consideraciones de índole lingüística sino de otra naturaleza. Mas de un autor ha señalado ese carácter "retórico"¹²⁹ que a menudo presenta la argumentación jurídica. Ello suele ponerse también de manifiesto en muchos de aquellos casos donde se acude a la "letra" de la ley, para justificar ciertas soluciones.

SBRICCOLI ha subrayado ese punto respecto a la aplicación del derecho en comunas italianas de la Edad Media. Refiriéndose a las posibilidades de maniobra que el recurso al *communis usus loquendi* (uso habitual del lenguaje) ofrecía al jurista que interpreta los *estatutos*, dicho autor señala (p. 176 ss.) que eso se funda sobre dos equívocos fundamentales y sobre un hecho objetivo. Este último consiste en el cambio que el sentido de las palabras sufre con el transcurso del tiempo. En cuanto a los equívocos, surgen por la circunstancia de que a ese *usus* le corresponde un doble campo de acción; y tanto más porque cada uno de tales campos puede ser encarado, a su vez, desde dos puntos de vista diferentes. En efecto, el jurista puede elegir entre dos orientaciones principales: en una, puede atenerse ya sea al *usus* técnico propio del lenguaje jurídico, ya sea al *usus* de la lengua común; y si elige la otra, puede acudir al *usus* de las palabras, pero también al de los conceptos.

129 Entendemos el término "retórica" de acuerdo al sentido siguiente, muy común: expedientes lingüísticos utilizados para *persuadir*, a uno o más oyentes (lectores), de aquello que el locutor desea hacerles creer; pero esto no por medio (principalmente) de la racionalidad —corrección formal o material— del discurso en cuestión, sino apelando más que todo a efectos no racionales y en general emocionales que dicha *manera* de presentar las cosas es capaz de provocar en los destinatarios de ese discurso. Cf. PERELMAN 76, Nos. 51 ss.

Semejantes alternativas facilitan amplias posibilidades de elección al jurista. Siempre se podrá apoyar sobre algún *usus* para arribar al resultado interpretativo deseado. Por ejemplo: puede utilizar un *usus* para proceder a la actualización de la manera de comprender cierta terminología, o hasta para llegar a anular un precepto que le parezca haberse hecho absurdo (p. 176 s.); el *usus* puede servir con vistas a aprehender el pensamiento (*mens*) del legislador, pero también para modificarlo o para justificar una presunción de que ese pensamiento era distinto de lo que en realidad fue (p. 180 s.). Por otra parte, el recurso al *usus* no es obligatorio, lo cual permite otra elección más al intérprete: puede servirse de dicho medio o, si no, dejarlo de lado (p. 187). Además, se puede estar ante dos o más *usus* similarmente extendidos, es decir, tan *comunes* los unos como los otros; o bien, la elección puede residir entre el *usus* tal cual era cuando se estableció la ley y el *usus* actual. En definitiva, el *usus* puede servir tanto para lograr una interpretación declarativa, como para investigar la *mens* del legislador o para una extensión (p. 188 ss.). En esas condiciones, la interpretación textual puede constituir tanto una manera de someterse a la voluntad del legislador, como de apartarse de ella. En efecto, puede representar una operación "defensiva" en apoyo de la regulación establecida en cierto estatuto, o sea, un medio de respetar la intención precisa del legislador;¹³⁰ pero puede asimismo llegar a ser una operación "ofensiva" contra éste, si se utiliza para restringir el alcance de su voluntad (p. 422).

Tales posibilidades se basan finalmente, según SBRICCOLI (p. 190), en unos "dualismos ideológico-instrumentales" que son propios de la estructura de los procedimientos hermenéuticos en el derecho. En efecto, como herramientas de la interpretación jurídica encontramos una serie de parejas de conceptos; por ejemplo, el par *verba/mens*. Esos pares permiten que el jurista se apoye, a su gusto, sobre uno u otro de los términos que componen una pareja dada, según que aquél quiera justificar esta o aquella solución, cuando se halla enfretado a una alternativa. Por ejemplo, si el sentido A le parece corresponder a los *verba* y el sentido B a la *mens*, he aquí

130 "...el *usus communis et vulgaris loquendi* es considerado por los estatutarios como criterio interpretativo capaz de proteger su producción legislativa. La obligación de usarlo es colocada al lado de la obligación de interpretar literalmente, que es también, como veremos, un ardid 'defensivo' frecuentísimo en la legislación estatutaria" (SBRICCOLI, p. 184, n. 77 *in fine*).

lo que hace el intérprete: si quiere que se dé el resultado A, dirá que la letra impone esa solución precisamente; mas si prefiere el resultado B, entonces el "espíritu" de la disposición obligará, según él, a recoger esta otra solución. Además del dualismo *verba/mens* (*litera/sensus*), hay una serie de otros dualismos, también ellos fundados en el papel que se asigna al *verbum* en la interpretación: *rigor/benignitas*, *voluntas/aequitas*, etc. Todo esto le brinda al intérprete una gama infinita de posibilidades de argumentación.

Según SBRICCOLI, la distinción —"netamente ideológica"— entre la letra (*litera*) y el sentido (*sensus*), no es más que una "de las infinitas parejas sobre las cuales se funda el razonamiento de los juristas medioevales" (p. 430). Existe así, por ejemplo, una *declaratio literae* y una *declaratio sensus* (p. 154 s.). Entre las "parejas" que corresponden, bajo distintas formulaciones, al par *litera/sensus*, están las siguientes: *verba/mens*, *verba/ratio*, *verbum/anima*, *verba/sententia*, *vocabulum/intellectus*, *scripta/voluntas*, *terminus/ratio*, *os/mens*, *superficies/medulla*, *corpus/anima* (p. 430, n. 64). Además, aunque menos vinculadas al par *litera/sensus*, hay asimismo parejas como: *aequitas/rigor* (con los homólogos y derivados: *rigor/benignitas*, *voluntas/aequitas*, *ius scriptum/aequitas*, *aequitas/verba*, etc.), *veritas/opinio*, *factum/ius* (*exceptio/regula*), *genus/species*, *naturalis/civilis*, *proprium/commune*, *odium/favor*, *extensio restrictio*, *a simili/a contrario*, etc. (p. 431, continuación de la n. 64).

En definitiva, dice SBRICCOLI (p. 432), tales parejas son constituidas por medio de una operación de disociación de nociones, forma de pensar que señalan PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA en el cap. IV de la Parte III de su *Traité de l'argumentation*. Por lo que en particular se relaciona con la pareja *litera/sensus*, "concebida (clásicamente) como la unión dialéctica de dos nociones separadas en el interior de una noción-madre originaria (la *lex*), aquélla sirve para brindarle 'orden' a la norma, y para analizarla hasta donde sea suficiente para hacer más ágil y más (lógicamente) creíble su aplicación articulada y diferenciada caso por caso. (...) La propia distinción entre *interpretación literal* e *interpretación distinta a la literal*, es una manera en la cual la pareja se nos presenta" (p. 432 y n. 67 de la misma pág.).

En cuanto al derecho romano, también, VONGLIS (p. 201 ss. y *passim*) ha podido comprobar que la interpretación de los textos sufría una influencia de la "teoría retórica". Pero este autor considera que, sin embargo, no se trataba de "una adopción total, por parte de los jurisconsultos, de la terminología, métodos e ideas de los retóricos" (p. 202). KASER señala que "las notas comunes entre jurisprudencia y retórica tocan pronto su fin. Ello

se debe sobre todo a que sus fines y sus medios son diversos, aunque coincida su campo de acción en el proceso. La retórica no tendió en cada caso concreto a la realización de la Justicia, y si lo hizo, fue de modo secundario" (Nº III. 6, p. 37).

Si dirigimos la mirada hacia nuestros días, el papel de los argumentos de tipo retórico en el razonamiento de los juristas es bastante evidente. CLAUSS 70, por ejemplo, lo ha puesto de manifiesto en su análisis de ciertos recursos interpretativos vinculados a la doctrina del *sens clair*.

Este autor muestra (Nº 74) cómo los tribunales emplean a veces el término "*eindeutig*" (inequívoco, unívoco, claro) en el sentido de *indudable*, del mismo modo que lo hallamos utilizado en el lenguaje de la política. De esa manera se quiere sugerir que lo que se está diciendo, de ninguna manera admite ser puesto en duda; es un expediente destinado a cortar toda posible discusión sobre la legitimidad jurídica del sentido normativo que el tribunal entiende reconocer en el texto interpretado. CLAUSS llama también la atención sobre el hecho de que, entre las maneras "operativas" (*supra*, § 42) de emplear la doctrina del *sens clair*, se encuentra la siguiente: el intérprete, aun cuando invoca la "forma subjetiva", en realidad no recurre sólo a ésta, sino que agrega otras razones importantes en favor de la solución que él sostiene. Pero desde que dicha doctrina es manejada de tal manera, ella tiene apenas un alcance retórico, ya que los verdaderos motivos de la decisión no son los invocados, sino otras razones (p. 19).

También la "falta de claridad" (*Unklarheit*), prosigue CLAUSS, puede constituir un "instrumento" para el intérprete. Por eso, es éste mismo quien a veces "transforma" en poco claro, por su propia intervención, lo que dice cierto precepto; y ello con el objeto de justificar o de impedir que se imponga determinada solución, sobre todo en el campo del derecho público.

"Ya LOCKE habría reprochado a los comentaristas, que ellos a menudo hacen todavía más confuso lo que no es claro; y me temo que esto valga también para una cifra más o menos numerosa de trozos de los nuevos comentarios. (...) Otro defecto de esa actividad de efectuar comentarios, consiste en que a ciertos comentaristas no les importa para nada la aclaración de problemas, sino que en forma disimulada tratan de imponer la opinión y los intereses de aquellos para quienes escriben; tales comentaristas producen de modo consciente, o al menos inconscientemente, falta de claridad" (CLAUSS 70, p. 46).

BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
"En el derecho privado no hay lugar para operar con la regla-para-faltas-de-claridad (*Unklarheitenregel*) en el caso de leyes poco claras. ¿En perjuicio de quién habríamos de aplicarla aquí? ¿Acaso en perjuicio de aquel que se remite a una disposición 'poco clara'? (...) Distinto es, en cambio, en el campo del derecho público, especialmente en el de los derechos impositivo, laboral y penal. (...) Si el juez emplea la regla-para-faltas-de-claridad, frente a una disposición legal, entonces está aplicando también esta misma disposición —a diferencia de lo que hace cuando declara una invalidez—. No se está rehusando a decidir" (*ib.*, p. 50).

También KRIELE señala, con referencia al campo del derecho constitucional, que ahí, para interpretar el alcance de los derechos fundamentales, la falta de claridad de un texto es más bien creada por el propio intérprete, con el objeto de justificar una "interpretación" más justa de ese precepto: "la sentencia en materia de derechos fundamentales se considera necesaria más bien por razones de justicia, y es *por eso* que el tenor textual del derecho fundamental aparece como requiriendo una interpretación. Sólo a partir de allí se concluirá que es poco claro... De modo que podría decirse, formulado de una manera afiliada: *finalidad de la interpretación es, en muchos casos, no sólo eliminar la falta de claridad, sino, asimismo, el comenzar primero por crear esa falta*" (Nº 61, p. 224). *Id.* también *supra* II, § 17, luego de la n. 44.

En el mismo sentido van las observaciones siguientes. "El empeño que en estas sentencias se hace presente, de hacer aparecer un tenor literal inequívoco como si fuera ambiguo, descansa manifiestamente en la circunstancia de que la BGH tenía sus escrúpulos en dejar de lado la letra inequívoca de la ley" (G./D. REINICKE, p. 1036). "Los ejemplos arriba proporcionados muestran que aquí la jurisprudencia hace que también lo imposible resulte posible. Si es necesario, se interpreta una palabra de una manera tal que nadie, que no sea jurista, se atrevería a entenderla así; pero nosotros, juristas, nos acostumbramos a ello y creemos que se trata aún del sentido 'posible' de las palabras" (SCHMIDHÄUSER, cit. por NEUMANN, p. 166, n. 14).

Por último, la retórica tiene que ver también con aspectos del lenguaje jurídico que a éste le permiten encubrir, "tender un velo" (*verhüllen*) sobre tales o cuales efectos ligados al uso de los términos (CLAUSS 70, Nos. 128 ss.).¹³¹

¹³¹ Con respecto a esta función, sin embargo, CLAUSS no emplea la palabra "retórica". Dice que la Semántica General está llamada justamente a "develar" (*enthüllen*) esa clase de "efectos"; esto sobre todo en cuanto a los detalles y principalmente cuando se trata de consecuencias no previstas por quien se sirve del lenguaje en cuestión. "No parte del concepto general, parte del detalle. Examina cómo un determinado detalle obra en sentido contrario a las palabras e ideas que a él se hallan ligadas, esto es, contra los fines establecidos" (p. 191).

Esas maneras de "velar" son de variados tipos. En la conclusión de su análisis a ese respecto, CLAUSS (Nº 164) señala las cuatro formas siguientes: 1) disfrazar una conducta bajo términos que, de acuerdo al uso que hasta entonces tenían, significaban otra cosa; 2) un concepto que corresponde a un nivel relativamente alto de abstracción, sirve para disimular que está siendo utilizado ya, en la práctica, para referirse asimismo a ciertos hechos especialmente diferenciados, y que ahora se le emplea de acuerdo a este último sentido (más particular); 3) las nociones abstractas pueden disimular no sólo hechos, sino también cambios en los conceptos mismos de que se trate; 4) hay expresiones que ocultan los efectos reales de una ley o de una sentencia. Todo ello puede producirse tanto al nivel del texto legal mismo, como así también en el plano de su interpretación; la manera de explicar el texto, puesto que ella da lugar a otro discurso, puede servir para "velar" todavía más ese texto o para introducir "velos" allí donde en principio no los había.

Las observaciones de CLAUSS concuerdan bastante con lo que resulta de los análisis de NEUMANN. Este concluye (p. 50 ss.) que las afirmaciones que se encuentran corrientemente en sentencias de la BGH, cuando ésta sostiene que sus decisiones permanecen siempre en armonía con la letra de los preceptos que son dudosos (*supra*, § 40, a la altura de la n. 95), se explican como parte de una "estrategia general dirigida a evitar conflictos". La jurisprudencia de esa corte muestra una tendencia a evitar que se vea que, al preferir tal o cual método interpretativo, ella lo está privilegiando incluso allí donde eso la obliga a intentar una armonización más o menos forzada de métodos que de hecho son contradictorios. Es evidente que tal "estrategia" se halla en relación con la ausencia, en la metodología jurídica, de una jerarquía firme entre dichos métodos. En definitiva, el juez, que ha encontrado una decisión (provisoria), se contenta con ignorar simplemente los puntos de vista opuestos, o bien los somete a una armonización forzada.

Se comprende, entonces, por qué ROTTLEUTHNER (p. 199 s.) prefiere decir que se trata de una "argumentación semántico-normativa". Según él, aquí los procedimientos llamados "semánticos" se apoyan más que todo en razones de normación, valoraciones y consideración de los resultados. Este autor llega a la conclusión de que, en tales condiciones, el jurista haría mejor en abordar en forma *directa* las cuestiones de fondo; es decir, ver cuáles son

las consecuencias *prácticas* de la sentencia, cuando razona para adoptar una decisión al respecto.

"Parecería que es una estrategia general en las justificaciones judiciales, la de transformar expectativas de resultados (*Folgenerwartungen*), valoraciones y la verificación de significados, en cuestiones semánticas concernientes a la comunicación de la extensión o intención de nociones legales, lo cual se efectúa remitiéndose a 'lo dado' (*Vorgegebenes*) —cuando dicha remisión no se hace al uso lingüístico empírico, entonces es a la 'esencia', a la 'naturaleza de la cosa', a la 'voluntad del legislador' o de 'la ley'—" (ROTTLEUTHNER, p. 200). Por eso, mejor sería, ya que "en cuestiones semánticas salen también a luz problemas de la normación, valoración y balanza de resultados, que a ese respecto se hable más bien de *argumentación semántico-normativa*" (*ib.*). *Vid.* también *supra* I, § 12.m *in fine*.

"La mención de posibles consecuencias de un contrato o de una sentencia al respecto, permite una argumentación más racional que el mero conjuro de la esencia o la de remitirse a lo superior, cosas que condenan al silencio. Se podría traer a colación más conocimientos empíricos acerca de lo que pudiera acontecer; y con referencia a esto, ver si la sentencia es el medio adecuado para alcanzar cierta situación —la que, naturalmente, deberá luego ser valorada todavía, por su parte—. Pero entonces se puede saber, por lo menos, cuál es esa situación que se valora, y no quedamos librados a descripciones difusas ('los intereses de la jurisdicción')" (*ib.*, p. 99).

§. 57. IDEOLOGIA, POLITICA

El carácter retórico que caracteriza a ciertas interpretaciones tiene que ver, por lo demás, con funciones que el derecho posee como elemento de conservación de la estructura político-social vigente y, en definitiva, como ideología. Eso resulta patente, desde ya, a través de los análisis de SBRICCOLI resumidos en el numeral anterior; volveremos aún sobre ellos. Y habíamos visto también (*supra* II, § 31) cómo BRINCKMANN señala que la función primordial del lenguaje profesional de los juristas es el ejercicio de una función política de dominación. En el presente párrafo recogeremos algunas opiniones más sobre tales aspectos, pues conciernen directamente a resultados que se alcanzan mediante la interpretación de las formulaciones legales.

Nadie con más rigor que KELSEN ha subrayado que el derecho no es ni puede ser otra cosa que un "instrumento de la política"¹³² y en general de las ideologías. Esto se pone particularmente de manifiesto en la interpretación, pues allí se "destaca la casi siempre existente y más o menos amplia pluralidad de significaciones del material a interpretarse"; por lo cual no queda más remedio que "confiar a las consideraciones políticas, la elección definitiva entre las igualmente posibles interpretaciones" (KELSEN 58, p. 29).

GRIMMER hace notar que, como la *determinación* del sentido del lenguaje jurídico depende en definitiva de lo que dirán ciertos "locutores autorizados" (legislador, juez), resulta que la concreción —es decir, la interpretación— de las normas equívocas y, por tanto, la solución de los conflictos sociales respectivos, quedan libradas a la decisión política de un cuerpo profesional —los juristas— y a su lenguaje particular. "Dicho de otro modo, procedimientos lingüísticos de aplicación al texto permiten la reducción de la compleja semántica del lenguaje jurídico a pocos semantemas básicos, cuyo significado le corresponde definir a locutores autorizados" (p. 52). "Al ser concretadas —en la decisión judicial o en la actuación administrativa— las normas abiertas, que son semánticamente equívocas, no se trata de que allí sean extraídas conclusiones verdaderas o falsas desde el punto de vista lógico; la concreción de esas normas es decisión política. Hay que tener en cuenta esto al fundamentar tales decisiones. Una fundamentación que se efectúe sólo por medio de métodos interpretativos —aparentemente racionales— propios del lenguaje jurídico técnico, no significa otra cosa que entregar la concreta conformación de la sociedad, y de las soluciones para los conflictos sociales, a una profesión y a su lenguaje profesional" (p. 53).

Sobre la función política del lenguaje del derecho, o sea, la contribución que ese lenguaje —y, por tanto, su interpretación— realiza para estabilizar el poder de los grupos dominantes, cf. esp. BRINCKMANN 72, p. 68 s. (Nos. IV. 4 y V). Este autor subraya sobre todo dos aspectos: un efecto de "compromiso en fórmulas dilatorias" (*dilatorischen Formelkompromiss*) y una "función retó-

¹³² "El derecho no puede ser separado de la política, pues esencialmente es un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas, es decir, funciones determinadas por juicios de valor" (KELSEN 58, p. 31). Vid. también *supra*, § 37 *in fine*.

rica". En cuanto a lo primero, se refiere al hecho de que el legislador se expresa a veces en forma deliberadamente vaga, pues confía en que los prejuicios del juez lo conducirán, al fin de cuentas, a interpretar la ley en beneficio de ciertos intereses; el legislador puede permitirse, así, no hacer mención expresa de dichos intereses. En cuanto a lo segundo, esa retórica tiene por objeto lograr que, en el proceso judicial, la parte perdidosa llegue a aceptar la solución judicial como si ésta fuera el resultado de una discusión abierta, en donde el que pierde hubiera participado en igualdad de condiciones; pero resulta que, en la realidad, el lenguaje —esotérico— del proceso sirve precisamente para ocultarle, a esa parte, el verdadero "rol" que está destinada a cumplir allí dentro, esto es, el hecho de que ella ahí no participa en la calidad de un igual sino como un sometido.

Esa función política del lenguaje profesional de los juristas no puede causar asombro si recordamos las observaciones de SBRICCOLI expuestas más atrás (*supra*, § 56), y sobre todo si las ponemos ahora en relación con las conclusiones generales que dicho autor extrae de su detallada investigación sobre la manera en que eran interpretados los estatutos medioevales: cf. esp. las *Premesse Generali* (Nos. 4-6) y el cap. II de la Parte. I.

SBRICCOLI señala que, cuando el jurista "se interroga sobre cuál será la aplicación justa del derecho en una situación dada, el problema que aquél se plantea no se instala en el conocimiento del derecho o la clarificación gramatical o lógica de una disposición jurídica: lo que él se plantea es más bien un problema de orden moral o político, y su respuesta será el resultado de su elección en ese terreno. Será una obra, pues, sustancialmente ideológica" (p. 10). "En la medida en que colabora en la *producción* del derecho, se hace necesariamente instrumento (o protagonista) de una elección política" (p. 11).

El jurista se identifica a tal punto con el sistema político, que ni siquiera llega a darse claramente cuenta "del uso que el sistema puede hacer (y efectivamente hace) de su 'saber'. Al mismo tiempo, no advierte (normalmente) que el poder de que dispone en razón de su 'competencia', es un poder que el sistema le ha delegado justamente para que su competencia pueda dar algún fruto" (p. 76). "La identificación con el contenido de sus prestaciones, lo convence empero de que el suyo es un saber puramente racional,

técnico y no político" (p. 77). "He aquí, pues, que la convicción del jurista de ser un técnico y actuar, por tanto, según cánones científicos (y, por ello, neutrales y no valorativos), representa la *condición misma* de la utilización política de su función por parte del sistema. Si de hecho el jurista debe administrar la manifestación *jurídica* de la estructura del poder comunal y debe garantizar su coincidencia con los intereses generales y particulares de la ciudad y de su clase dirigente, es necesario que actúe sin poner en descubierto las motivaciones políticas que, conscientemente o no, lo determinan en sus elecciones" (p. 79).

Ahora bien, la interpretación constituye la tarea *fundamental* del jurista, pues es ella la que le permite cumplir con ese "rol". "De hecho, es con la interpretación, y tal vez sólo con ésta, que se puede tratar de efectuar el control y la gestión del ordenamiento. Tanto más si el operador viene a disponer, en aquella, de un instrumento dócil, adaptable, multiforme, controlable, agilísimo, provisto de amplísimos márgenes de uso y no uso, manejable en cada situación, incrementable en su eficacia y alcance" (p. 80).

Las comprobaciones de SBRICCOLI concuerdan muy bien con las que RÜTHERS ha extraído, por su parte, del análisis que éste efectuó acerca de la interpretación en el derecho privado alemán de nuestro siglo (*vid supra* I, § 12).

Dicho autor señala cómo, en la época del nazismo, con frecuencia se cambiaba la interpretación de textos más antiguos, con el fin de adaptarlos a la concepción jurídica nacional-socialista: de lo que se trataba, era de "poner" (*Einlegung*) en vez de "interpretar" (*Auslegung*) (p. 176). Y aunque había discusiones sobre la "manera" de interpretar, conflicto de escuelas respecto al *método* de enfoque, sin embargo reinaba acuerdo, en general, sobre el fondo, sobre los resultados prácticos a los que —por una u otra vía— había que llegar al fin de cuentas. Así, "en cuanto al *resultado* material no hay casi diferencia. Todas las propuestas servían a la finalidad de imponer, en todos los sectores del ordenamiento jurídico, la idea central de derecho del nuevo Estado. Pero los caminos, a través de los cuales eso debería ser alcanzado, eran distintos" (p. 181).

Ahora bien, esa subordinación de la interpretación a los enfoques político-sociales dominantes, más allá de las disputas sobre el método, no es algo que caracterice únicamente a regímenes como

DE DERECHO
FACULTAD

el nacional-socialista. Se trata de una cosa que encontramos por todos lados. RÜTHERS puntualiza que los *mismos tipos* de procedimientos interpretativos fueron empleados en Alemania tanto durante el nazismo, como igualmente antes y después de esa época. Lo que cambia no es tanto el método interpretativo en sí mismo, el cual es "neutro", sino el fin hacia el que éste se halla dirigido, en concordancia con la ideología socialmente dominante.

"La adecuación que tienen los instrumentos metódicos tradicionales destinados a encauzar —de una manera que en alta medida resulte metódicamente correcta dentro de la disciplina— situaciones sociales y políticas de orden excepcional, que comportan un cambio radical en la base valorativa (*Wertgrundlage*), corrobora la neutralidad de la metodología jurídica ante la transformación de las concepciones valorativas" (p. 432). "El cambio en los resultados interpretativos de disposiciones particulares que han permanecido incambiables, puede ser alcanzado, como lo muestra cada uno de los análisis efectuados en el capítulo precedente, por medio de los instrumentos metódicos más diversos" (p. 435). "La doctrina del método jurídico, en particular el método interpretativo, es, por tanto, una teoría formal de la realización de valores. Es por eso que el mismo método interpretativo puede ser aplicado a ordenamientos jurídicos con muy diferentes bases valorativas" (p. 435-436). "Pues como el juez no es libre al valorar, sino que está sujeto a los valores fundamentales volcados en las normas del ordenamiento global y, donde éstas faltan, a la convicción jurídica y valorativa general, es decir, aquella que es política y socialmente la dominante; por ello, en cada acto individual de valoración jurídica en la aplicación del derecho se imponen, si ese acto es llevado a cabo en forma metódicamente consciente y conforme a la disciplina, los criterios valorativos que en la ocasión dominan en la legislación y en la sociedad. La tesis de un derecho privado *apolítico* se evidencia así —en la medida en que los análisis aquí presentados ofrezcan un valor de testimonio— como algo que tanto teórica cuanto prácticamente induce en error, ya que oculta la relación necesaria que hay entre el conjunto estructurado de normas y la base valorativa política del ordenamiento de derecho privado" (p. 437-438). *Vid.* también *supra* I, § 12.1.

Sobre las relaciones entre política jurídica e interpretación en la historia del derecho alemán, desde la segunda mitad del siglo anterior hasta 1960, puede consultarse también COING 60.

10
Para el derecho francés, cf. los trabajos de ARNAUD indicados en la Bibliografía. Estos análisis aportan resultados significativos, muy bien documentados, más allá del valor (discutible) que puedan tener ciertas fórmulas "estructuralistas" a través de las cuales el autor ha considerado oportuno presentar a veces lo que nos explica.

En cuanto al derecho italiano, cf. el estudio de VIOLA (en VIOLA/VILLA/URSO, p. 167 ss.) sobre la evolución de las concepciones en materia de interpretación, de acuerdo a cómo se han presentado en la doctrina y jurisprudencia italianas luego de la segunda guerra mundial. Este autor examina dicha evolución desde el punto de vista de lo que él llama las "ideologías" interpretativas. "Entendemos así por 'ideológico' cualquier elemento, presente en el proceso de interpretación y aplicación del derecho, que depende de un acto de elección del operador en cuestión, de modo que forme parte integrante del procedimiento mismo, pero sin poder ser derivado con necesidad lógica de los signos a interpretar. (...) Los aspectos ideológicos se constituyen en 'ideología' propiamente dicha cuando asumen una dimensión difusa y una cierta consistencia en un grupo social dado" (p. 168).

Sobre la ideología de la interpretación en los países llamados "socialistas", cf. el artículo de STOYANOVITCH. Cf. también, acerca del papel de los juristas como "productores de ideologías", las observaciones de ROTTLEUTHNER, N° 7.

De una manera general, para las relaciones entre derecho y política, cf. MÜLLER 75 y MÜLLER 76b.

§. 58. LA OPOSICION ENTRE METODO INTERPRETATIVO Y RETORICA.

Hemos visto que el texto legal puede dejar abiertas una serie de opciones interpretativas, de modo tal que aquél representa apenas un límite, una "frontera", para determinar el o los sentidos de la fórmula lingüística empleada. Son esas posibilidades de opción quienes permiten que, en su caso, una disposición jurídica sea interpretada más amplia o más estrictamente, según la situación a que haya de aplicarse y según el punto de vista que acepte el intérprete. Pero esto abre también la vía a que el tenor literal sea utilizado como una simple mampara de sentidos normativos que en verdad se justifican por otras razones; es decir, que permite invocar el texto en forma retórica, para legitimar significados que no pueden extraerse de él mismo.

SBRICCOLI, CLAUSS y otros tienen razón, pues, cuando anotan que los procedimientos interpretativos son a menudo utilizados

con esos fines retóricos. Ahora bien, de esto cabría extraer una enseñanza: tales usos resultan posibles en la medida en que la interpretación jurídica *no* procede de una manera propiamente *metódica*, o sea, cuando las Autoridades presupuestas no están lo bastante precisadas o sus relaciones de jerarquía no se hallan preestablecidas en forma definida.

El DE como tal no se opone a la retor. ideológica, pero si uno de la retor.
Por otra parte, no hay que confundir retórica con ideología, aun cuando ambos aspectos pueden llegar a presentarse juntos y hasta apoyarse recíprocamente. El método jurídico no está en condiciones de enfrentarse (con éxito) al carácter ideológico del derecho (RÜTHERS); pero aquél puede, eso sí, oponerse a la retórica. La ideología socialmente dominante impone, quierase o no, sus fines al derecho. Mas eso no quita que, sobre la base de fines dados, la realización de éstos pueda llevarse a cabo por medios que sean más (métodos propiamente dichos) o que sean menos (retórica) "honestos" — "transparentes", racionales — en el plano intelectual. En una palabra: el método interpretativo no determina los fines perseguidos al interpretar, pero puede, si es bastante racional, mostrar de la manera más explícita cuáles son realmente esos fines y por qué exigen tales o cuales medios. En ese sentido, método científico no es incompatible con política y en general con ideología, pero no tiene nada que ver con la retórica.

X
En consecuencia, el carácter retórico no constituye una condición inherente a los procedimientos de interpretación de los textos jurídicos, por más que éstos sean tributarios de tal o cual ideología político-social. Puede haber, y en gran número de casos lo hay, interpretación sin retórica. La retórica consigue introducirse en la interpretación del lenguaje del derecho, sólo allí donde el fundamento del sentido normativo no se hace explícito o es de carácter demasiado indeterminado. Cuanto más imprecisa o poco manifiesta es la Autoridad subyacente, o la relación jerárquica entre ésta y otras Autoridades, más ancha puerta se abre para la retórica. Por tanto, la mejor manera de prevenir que los procedimientos interpretativos se destinen a un uso semejante, es poner con nitidez de relieve el cuadro de las Autoridades manejadas y su grado de (im)precisión. En tales condiciones, aunque las posibilidades de retórica no conseguirían ser del todo eliminadas, al menos quedarán considerablemente reducidas. Sólo así el resultado de la interpretación del lenguaje de los textos jurídicos podría ser determinado por vías propiamente científicas.



§ 59. SINTESIS DE LAS PRINCIPALES CONCLUSIONES

- (i) La interpretación de los textos del derecho, es la actividad intelectual dirigida a aprehender el significado que éstos tienen; es decir, la actividad indispensable para vincular uno o más sentidos normativo-jurídicos a los *signos* lingüísticos en que consisten dichos textos.
- (ii) Por tratarse allí de expresiones *lingüísticas*, el contenido semántico de esos signos se determina de acuerdo a *convenciones* que rigen el uso del lenguaje en cuestión; por tanto, el contenido normativo de tales textos es contingente, pues depende de las convenciones básicas a que decidan (explícita o implícitamente) afiliarse los intérpretes del derecho —decisión sobre la cual existen a menudo discrepancias entre ellos—.
- (iii) La relativa contingencia de tal “decisión” hace que, en muchos casos, los intérpretes puedan optar entre distintos significados posibles con relación a un texto dado, o sea, entre distintas convenciones lingüísticas que son todas aplicables (eventualmente) al mismo texto.
- (iv) A ello responden direcciones discrepantes en cuanto a la forma de interpretar, que se traducen en alternativas como las siguientes: sentido vulgar/sentido técnico-jurídico, sentido estricto/sentido amplio, teoría de la identidad/teoría de la indicación, etc.; y en el interior mismo de cada polo de dichos pares conceptuales, aún caben, a su vez, posibilidades muy variadas para encaminarse dentro del campo de orientación respectivo.
- (v) Particularmente rica en interpretaciones múltiples, es la invocación de la “claridad” que tiene un texto, para afir-

mar así que éste responde en forma incuestionable a un cierto sentido que se postula como inequívoco; o bien, inversamente, invocar la “oscuridad” de una expresión, para sostener que carece de un significado neto, por lo menos a primera vista. Mas como la “claridad” u “oscuridad” del texto depende de las convenciones en que su interpretación sea fundada, resulta que, en definitiva, ello se aprecia en función de la finalidad y la perspectiva del intérprete —cosas que pueden variar de uno a otro jurista—. Así, la llamada “doctrina del *sens clair*” admite, en su aplicación, enfoques muy variados: formas como la objetiva, la subjetiva, la intermedia y la pragmática; puntos de vista operativos y operacionales; etc.

- (vi) Bien mirado, las convenciones básicas de que el intérprete parte, desempeñan, para éste, el papel de una “autoridad” a la cual él se está sometiendo, toda vez que considera que el sentido del texto es un dato que le viene *impuesto* desde “afuera” (por alguien o algo). Quiere decir que, en última instancia, la dirección normativa que el intérprete re-conoce como contenido del texto, dependerá de la o las Autoridades en que ese intérprete acepte (consciente o inconscientemente) fundarse, tomándolas como instancias determinantes que “deciden” cuáles son los sentidos jurídicos que convencionalmente es *legítimo* vincular a la letra de la ley.
- (vii) Esas Autoridades pueden ser de distinta naturaleza. El intérprete puede remitirse: o bien a fenómenos de carácter más bien “volitivo” (A-persona: “la voluntad del legislador”, “el espíritu del pueblo”, Dios, etc.), o bien fundarse en entes que son básicamente conceptuales (A-idea: meros usos lingüísticos, valores jurídicos, principios generales del derecho, etc.); en uno y otro caso caben, a su vez, variados subtipos de Autoridades, y además la “decisión” de cada una de ellas puede concebirse como determinada ya sea en el presente o en el pasado.

(viii) De cualquier manera, son siempre Autoridades las que determinan la *orientación* interpretativa que se sigue y el *alcance* jurídico que se le dará a los sentidos normativos alcanzados de ese modo. Pero para que todo ello pueda ser llevado a cabo de una manera racional (en sentido estricto), es indispensable que dichas Autoridades se hallen preestablecidas en forma lo bastante *precisa*, y que esté precisado asimismo un inviolable orden jerárquico entre ellas (para el caso de contradicciones, supuesto que las Autoridades sean más de una). Sólo bajo tales condiciones será viable recurrir a métodos científicos en sentido propio, pues éstos no son otra cosa (en la interpretación jurídica) que un *medio* racional para aprehender las "decisiones" —contenidos normativos— congruentes con la naturaleza de la Autoridad en cuestión. La Autoridad sirve de fundamento (*fin*) al método interpretativo, y éste (medio) conduce —intersubjetivamente— hacia las conclusiones prácticas.

(ix) La condición *sine qua non* para que la interpretación jurídica pueda ser encauzada de acuerdo a métodos científicos (en sentido estricto) es, pues, que los intérpretes comiencen por ponerse de acuerdo sobre Autoridades que respondan a los requisitos indicados en el número precedente... ¡y que ellos no dejen de atenerse, luego, a lo que racionalmente resulte de tales bases!

(x) Es inevitable, sin embargo, que en ocasiones se presenten "cuestiones de grados" que no puedan ser resueltas, en su concreción final, de manera estrictamente metódica; allí tendrá que entrar a jugar, a falta de mejor, el "instinto empírico" o el sentido de lo "razonable" que posea el intérprete, por más que eso no pueda garantizar conclusiones de neta intersubjetividad. Pero si las Autoridades y los métodos se encuentran preestablecidos en forma precisa, aquellos casos quedarán reducidos a la mínima expresión.

(xi) De acuerdo a la multiplicidad de las posibilidades interpretativas —o, dicho de otro modo, la posibilidad de elegir entre distintas Autoridades— cabe concluir que la letra de las disposiciones jurídicas no ofrece otra cosa que un *punto de partida* para interpretar el texto: ella sirve —función negativa— como límite (de sus sentidos posibles), y también —función positiva— como orientación (para indagar dichos sentidos y para elegir entre ellos). Pero son las Autoridades presupuestas quienes en definitiva determinan también la manera misma de concebir ese "punto de partida", es decir, *cuál* es el "límite" y *cuál* la orientación.

(xii) También la manera de apreciar los resultados de una interpretación, es algo que resulta, en última instancia, de las Autoridades en juego. Esos resultados suelen calificarse, de distintas maneras, según la forma de ver la relación entre el texto (letra) y su sentido: interpretaciones restrictiva, declarativa, extensiva, correctiva, etc. Pero el *alcance mismo* —la manera más amplia o más estrecha— de concebir los "límites" de la letra, y consiguientemente el reconocimiento de que cierto significado normativo cabe todavía (o no) dentro del marco de aquélla, son todas cosas que se determinan de manera convencional, en relación con las Autoridades que se acepte (o no). Por tanto, el que una interpretación sea calificada de más amplia o más estricta, dependerá de cuáles sean las Autoridades presupuestas.

(xiii) Por otro lado, la circunstancia de que exista, en muchos casos, un tan amplio abanico de alternativas abierto para el intérprete de los textos jurídicos, hace que éste pueda, de hecho, recurrir a la "letra" de las leyes con fines *retóricos*, esto es, remitiéndose a tal o cual uso lingüístico como si ése fuera el *único* aceptable. Al hacer tal cosa, en realidad el intérprete no se ha decidido (como quiere hacer ver) por determinada solución en razón de un *usus* lingüístico, sino que es al revés: ha *elegido* uno de

los varios usos posibles, porque ése (mientras que otros usos no) es el que le permite hacer "decir" al precepto aquello que él considera más conveniente o deseable.

- (xiv) Del mismo modo, el intérprete puede emplear recursos como los de *crear* una "falta de claridad", otorgar nuevos sentidos a términos legales, "velar" efectos ligados a ciertas acepciones, etc.; todo ello para alcanzar determinados resultados por medio de la aplicación del precepto en examen. Finalidades con respecto a las cuales él no se anima —por una razón u otra— a tomar la responsabilidad de una decisión propia, por lo que prefiere imputárselas al texto ("argumentación semántico-normativa").
- (xv) También cabe tener en cuenta que el lenguaje jurídico, como el derecho en general, constituye siempre, en una u otra forma, un "instrumento de la política",¹³³ un medio subordinado a las ideologías dominantes. En ese sentido, la función del jurista como intérprete de los textos del derecho, es la de alguien que manipula un lenguaje técnico (esotérico), aplicándolo en beneficio (generalmente) del *status quo*. Y ello le permite, a la vez, en cuanto él se reserva —como "locutor autorizado"— el manejo de dicho lenguaje, legitimar su propia situación (relativamente privilegiada) en la escala social; situación que entonces aparece justificada por el carácter "técnico" del importante "rol" que aquél desempeña en el ajuste de las conductas interindividuales.
- (xvi) De esa manera, al correr a cargo del jurista la interpretación "autorizada" del lenguaje del derecho, aquél se

¹³³ Al decir del derecho, y de sus protagonistas (jueces, abogados, etc.), que se trata de un "instrumento de la política", no se está haciendo referencia, por supuesto, a las pequeñas querellas entre partidos, sino a las grandes orientaciones ideológicas dominantes en una sociedad, que suelen ser compartidas —detalle más, detalle menos— por los principales grupos políticos; el o los partidos que no las comparten son necesariamente minoritarios, no pueden estar en el poder.

constituye en un elemento clave para el manejo del control social que es formalizado por medio de dicho lenguaje; manejo que el jurista orienta, como no puede ser de otro modo, en la dirección que le dicta el ordenamiento socio-económico y político dominante en la colectividad. y tanta mayor es la eficacia de su labor, en ese sentido, cuanto más creíble resulte, en el seno de la sociedad, el el carácter aparentemente apolítico con que los juristas —por medio justamente de la tecnicidad de su lenguaje profesional— visten de un carácter "científico" su "rol" social. Autoconcibiéndose y presentándose, de tal manera, como si su tarea pudiera ser "neutral" en la arena de las contradicciones sociales, los intérpretes hacen decir "científicamente" al lenguaje jurídico, optando por unas u otras Autoridades, aquello que está en consonancia con la ideología dominante. Y por ser "dicho" así, lo hacen más creíble incluso a los ojos de los sectores menos favorecidos de la sociedad.

- (xvii) Pero aunque el método jurídico, ya sea o no realmente científico, no puede dejar de constituirse en un *instrumento* al servicio de ideologías sociales, eso no quita que el mismo "instrumento" pueda, llegado el caso, servir a ideologías distintas y hasta opuestas. Desde ese punto de vista, los métodos interpretativos mismos son neutrales, sí, aunque nunca sea neutral la manera en que son utilizados efectivamente —ésta depende de la ideología social dominante—. Al interpretar el lenguaje jurídico, análogos tipos de Autoridades y métodos similares pueden ser usados en apoyo de sistemas políticos distintos y en general de diferentes ideologías.
- (xviii) En principio, no existe oposición, pues, entre ningún método para interpretar el derecho y una ideología política determinada. Los mismos tipos (en abstracto) de alternativas y los tipos de Autoridades que las respaldan podrían llegar a hacerse presentes en la interpretación del lenguaje de cualquier sistema (evolucionado) de derecho; por ejemplo, no son tan diferentes los "recursos" emplea-

dos por los intérpretes del lenguaje jurídico en un país capitalista que en algunos de los países llamados socialistas, por más que pueda diferir el contenido mismo de los resultados normativos concretos a que se llegue en unos y otros.

- (xix) La utilización de métodos interpretativos constituye un tipo de camino completamente distinto, eso sí, de las justificaciones que tienen mero carácter *retórico*: aquéllos son procedimientos estructurados de acuerdo a modelos que conducen intersubjetivamente hacia resultados indiscutibles (si se acata dicho modelo), mientras que éstas son simples parapetos lingüísticos de virtualidad emotiva y que carecen de todo rigor científico (sus vías y sus resultados no son *intersubjetivamente* controlables). Método interpretativo no se opone a ideología, pero sí a retórica.

*

* *

En definitiva.

Dado el carácter convencional que tiene toda interpretación del lenguaje jurídico, la única manera de limitar el cuadro de las alternativas semánticas a que eventualmente se enfrenta el intérprete y de efectuar una elección de carácter científico en el interior de ese marco, es someter tal elección a criterios intersubjetivos (fuertes) preestablecidos, a los cuales el intérprete se atenga en forma rigurosa cuando determina el sentido normativo de los textos del derecho. Ello implica la necesidad de fundarse en Autoridades bien explicitadas, esto es, que de antemano se encuentren precisadas al máximo y ordenadas de acuerdo a una estricta jerarquía. De esa manera podrán establecerse vías racionales que guarden entera congruencia con las Autoridades presupuestas, métodos en sentido estricto para interpretar las leyes. Sólo así se conseguiría reducir el papel de lo irracional (retórica, etc.) en la interpretación del lenguaje jurídico, vale decir, hacer de ella una actividad *propriadamente* científica.

TRABAJOS MENCIONADOS^{133bis}

- ARNAUD, A.-J.: "Le médium et le savant", en Archives de Philosophie du droit, 1972.
- : "Autopsie d'un juge", en *Ibid.*, 1974.
- : Essai d'analyse structurale du Code civil français, 1973.
- : Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours, 1975.
- AUBRY, C./RAU, C.: Cours de Droit civil français (6a. ed.), t. I, 1936.
- BARTHOLOMEYCZIK, H.: Die Kunst der Gesetzesauslegung, 1951.
- BATIFFOL, H.: "Questions de l'interprétation juridique", en Archives de Philosophie du Droit, 1972.
- BECKER, W. G.: "Die Ausweitung der Auslegung durch Linguistik, Kommunikationstheorie, Semiotik, Semantik und Dialektik", en Archiv für die civilistische Praxis, 1971.
- BECQUART, J.: Les mots à sens multiples dans le Droit Civil Français, 1928.
- BOBBIO, N.: L'analogia nella logica del diritto, 1938.
- : "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1950.
- BRINCKMANN, H.: "Juristische Fachsprache und Umgangssprache", en Öffentliche Verwaltung und Datenverarbeitung, 1972.
- CAPELLA, J. R.: El derecho como lenguaje, 1968.
- CARRIÓ, G. R.: Notas sobre Derecho y Lenguaje, 1965.
- CLAUSS, H./CLAUSS, K.: "Zum Begriff 'eindeutig'", en Juristenzeitung, 1961.
- CLAUSS, K.: "Zum Begriff der Unklarheit", en *Ibid.*, 1960.
- : "Semantik im Dienste des Rechts", en Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1963.
- : General Semantics (II. Teil), 1970.
- : "Die 'Sens-Clair'-Doctrin als Grenze und Werkzeug", en Le raisonnement juridique, 1971.
- COING, H.: Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, 1959.

^{133 bis} Aquí se indicará sólo los datos más elementales de los estudios mencionados a lo largo del presente artículo. Pero en el último trabajo de esta serie será incluida una Bibliografía General que proporcionará referencias mucho más completas.

- : "Rechtspolitik und Rechtsauslegung in hundert Jahren deutscher Rechtsentwicklung", en Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, 1960.
- : "Grundzüge der Rechtsphilosophie (2da. ed.), 1969.
- COVIELLO, N.: Doctrina General del Derecho Civil, 1938.
- DUBISCHAR, R.: Vorstudium zur Rechtswissenschaft, 1974.
- ENGISCH, K.: Introducción al pensamiento jurídico, 1967.
- ESSER, J.: Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado, 1961.
- GADAMER, H.-G.: Verdad y método, 1977.
- GÉGOUT, M.: "L'interprétation littérale des lois pénales", en Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný, t. III, 1935.
- GÉNY, F.: "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (2da. ed.), 1919.
- GEYL, E.-G.: "Die Rechtssprache als Objekt der wissenschaftlich begründeten Sprachpflege", en Muttersprache, 1972.
- GRIMMER, K.: "Subsumption und Argumentation als Untersuchungsgegenstand der Semantik", en INTERDISZIPLINÄRE ARBEITSGRUPE "ANALYSE DER JURISTISCHEN SPRACHE": Paraphrasen juristischer Texte, 1971.
- GROPP, M.: "Thesen zum Stellenwert von juristischen Texten", en *Ibid.*
- HABA, E. P.: Esquemas Metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito, 1972.
- : "La voluntad del legislador: ¿ficción o realidad?", en Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 32, 1977 [cit. Haba 77a].
- : "En torno al concepto de la interpretación literal", en *Ibid.*, Nº 33, 1977 [cit. Haba 77b].
- : "Lo racional y lo razonable", en Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, Nº 43, 1978 [cit. Haba 78a].
- : "Hermeneutik contra Rechtswissenschaft", en Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, 1978 [cit. Haba 78b].
- HASSEMER, W.: Tatbestand und Typus, 1968.
- HECK, P.: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1968.
- HIRSCH, (Jr.), E. D.: Validity in interpretation, 1967.
- HORAK, F.: Rationes decidendi I, 1969.
- HORN, D.: Rechtssprache und Kommunikation, 1966.
- KASER, M.: En torno al método de los juristas romanos, 1964.
- KELLER, A.: Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes, 1960.
- KELSEN, H.: ¿Qué es la teoría pura del derecho?, 1958.
- : Teoría pura del derecho, 1960.
- KRIELE, M.: Theorie der Rechtsgewinnung (2da. ed.), 1977.
- LALANDE, A.: Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía, 1953.

- LARENZ, K.: Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3ra. ed.), 1975; 2da. ed. 1969.
- LEVI, E. H.: Introducción al razonamiento jurídico, 1964.
- MÜLLER, F.: Normstruktur und Normativität, 1966.
- : Recht — Sprache — Gewalt, 1975.
- : Juristische Methodik (2da. ed.), 1976 [cit. Müller 76b].
- : Juristische Methodik und Politisches System, 1976 [cit. Müller 76b].
- NAESS, A.: Kommunikation und Argumentation, 1975.
- NEUMANN, U.: "Der 'mögliche Wortssinn' als Auslegungsgrenze in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH", en E. v. SAVIGNY u. a.: Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976.
- PERELMAN, CH.: Logique juridique. Nouvelle rhétorique, 1976.
- RABOSI, E.: Teorías del significado y actos lingüísticos, 1979.
- REINICKE, G. & D.: "Die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von Gesetzen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs", en Neue Juristische Wochenschrift, 2. Halbband, 1952.
- ROSS, A.: Sobre el derecho y la justicia, 1963.
- ROTTLEUTHNER, H.: Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1973.
- RÜTHERS, B.: Die unbegrenzte Auslegung, 1974.
- SAVIGNY, E. v.: "Konflikte zwischen Wortlaut und Billigkeit in der Rechtsprechung des BGH", en Juristische Dogmatik... (*vid. supra*, bajo NEUMANN).
- SAVIGNY, F. C. v.: "Los fundamentos de la ciencia jurídica", en SAVIGNY/KIRCHMANN/ZITELMANN/KANTOROWICZ: La ciencia del derecho, 1949.
- SAX, W.: Das strafrechtliche 'Analogieverbot', 1953.
- SBRICCOLI, M.: L'interpretazione dello statuto, 1969.
- SCHAFF, A.: Introducción a la Semántica, 1969.
- SCHREIBER, R.: Die Geltung von Rechtsnormen, 1966.
- SPIES, H.: "Gesetzeswortlaut und Auslegung", en Deutsche Richterzeitung, 1956.
- STOYANOVITCH, K.: "L'interprétation du droit dans les pays socialistes", en Archives de Philosophie du Droit, 1972.
- TROTABAS, L.: "Le principe de l'interprétation littérale des lois fiscales", en Recueil... (*vid. supra*, bajo GÉGOUT).
- VAZ FERREIRA, C.: Lógica viva, 1962.
- VERNENGO, R. J.: La interpretación literal de la ley y sus problemas, 1971.
- VILLEY, M.: Philosophie du droit. Définitions et fins du droit, 1975.
- VIOLA, F./VILLA, V./URSO, M.: Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica, 1974.

- VONGLIS, B.: La lettre et l'esprit de la loi, 1968,
 WILLIAMS, G.: "Language and the Law", en Law Quarterly Review, 1945 y 1946.
 WOLFFERS, A.: Logische Grundformen der juristischen Interpretation, 1971.
 WURZEL, K. G.: Das juristische Denken, 1904.
 ZIMMERMANN, T.: "Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchstrichterlicher Rechtssprechung", en Neue Juristische Wochenschrift, 2. Halbband, 1956.
 ZIPPELIUS, R.: Einführung in die juristische Methodenlehre (2da. ed.), 1974.

DERECHO

INDICE

	<u>Pág.</u>
Presentación	9
<i>ENSAYOS:</i>	
Derecho subjetivo:	
Presupuesto de la responsabilidad pública	
<i>Dr. José Roberto Dromi</i>	11
Proyecto de interpretación sobre la jurisdicción agraria en Costa Rica	
<i>Prof. Anabelle Porras</i>	53
La potestad de investigación del Poder Legislativo	
<i>Prof. Elvira Batalla</i>	67
El proletariado y la propiedad comunitaria	
<i>Dr. Lino Rodríguez - Arias Bustamante</i>	77
Ensayo bibliográfico-jurídico sobre el cambio social en el derecho	
M.L.S. <i>Benilda Salas</i>	103
El Ministerio Público en la relación procesal penal	
<i>Dr. Mario Houed y Lic. Fernando Cruz</i>	123
Protección y promoción de los derechos humanos	
<i>Dr. Rodolfo Piza</i>	143
Apuntes sobre el lenguaje jurídico (III)	
<i>Dr. Enrique Haba</i>	153